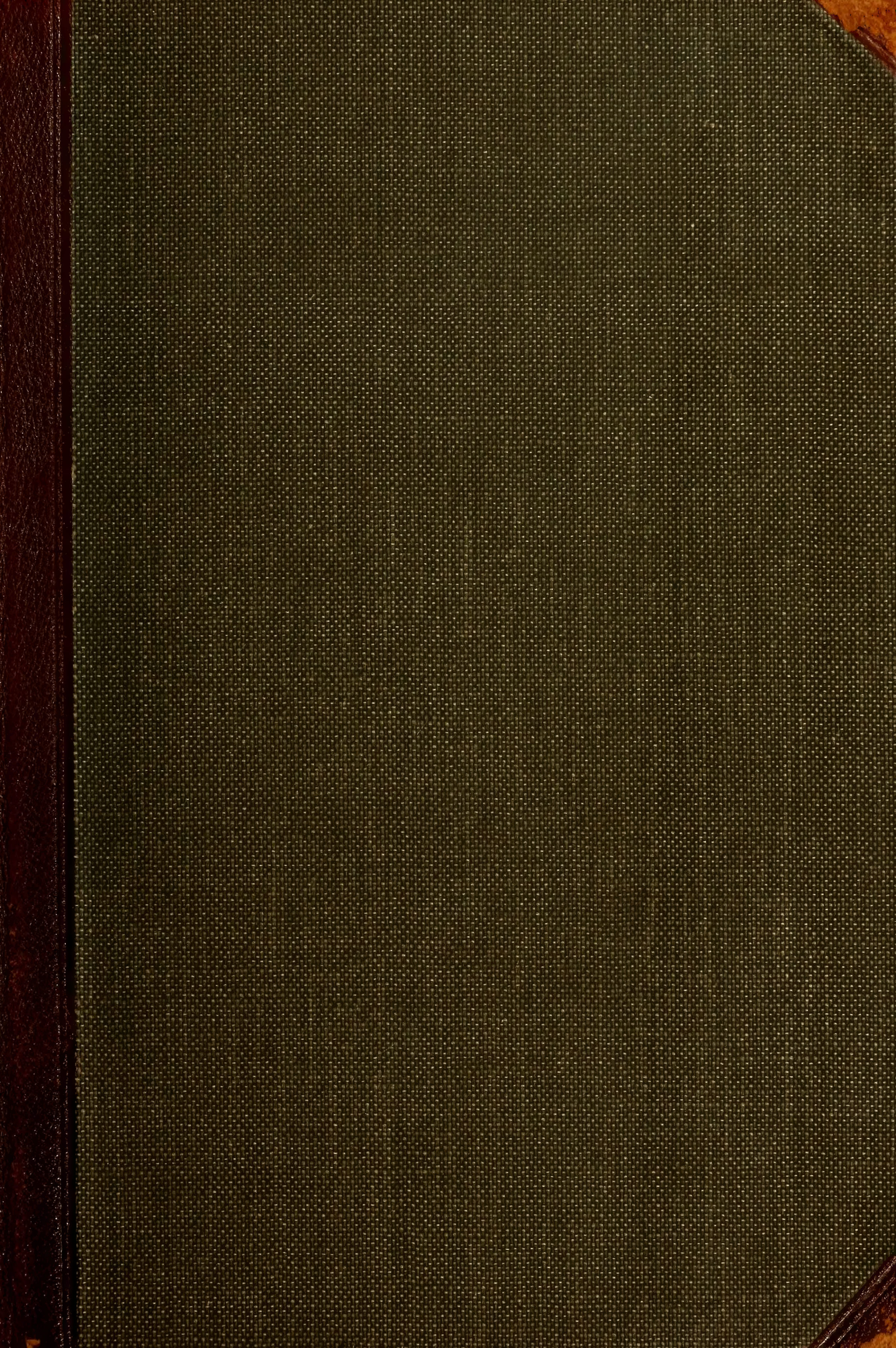
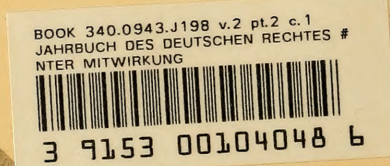



WILBUR L. CROSS LIBRARY
UNIVERSITY OF CONNECTICUT




BOOK 340.0943.J198 v.2 pt.2 c.1
JAHRBUCH DES DEUTSCHEN RECHTES #
NTER MITWIRKUNG
3 9153 00104048 6


S
SACK
JURISTISCHE
BUCHHANDLUNG
BERLIN·W·35
POTSDAMER·STR. 112

# Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Unter Mitwirkung
zahlreicher und namhafter Juristen

herausgegeben von

**Dr. Hugo Neumann,**
Rechtsanwalt am Kammergericht zu Berlin.

---

**2. Jahrgang**
(die Zeit bis Anfang 1904 umfassend).

**Zweiter Band.**

---



**Berlin, 1905.**
Verlag von Franz Vahlen.
W. 8., Mohrenstraße 13/14.

5/12/67

# Inhaltsverzeichnis.



# Abkürzungen.

A.bürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
A.zivPr. = Archiv für die zivilistische Praxis.
A.öffR. = Archiv für öffentliches Recht.
BadRpr. = Badische Rechtspraxis.
BauersZ. = Zeitschrift für Aktiengesellschaften und „der Handelsgesellschafter".
BayrNotZtg. = Zeitschrift für das Notariat und für die freiwillige Rechtspflege der Gerichte in Bayern.
BayrObLG. = Bayerisches Oberstes Landesgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Sammlung von Entscheidungen des Obersten Landesgerichts für Bayern in Gegenständen des Zivilrechtes.
BöhmsZ. = Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht (jetzt Privat- und öffentliches Recht). Begründet von Böhm.
BraunsA. = Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik.
BraunschZ. = Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig.
BreslAK. = Zeitschrift der Breslauer Anwaltskammer.
BuschsZ. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß . . . Begründet von Busch.
CBlFrG. = Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit.
CBlRw. = Centralblatt für Rechtswissenschaft.
DJT. = Verhandlungen des Deutschen Juristentages.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.
DNotVZ. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
Egers eisenb. E.u.A. = Egers Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen.
ElsLothrJZ. = Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.
FischersZ. = Dr. Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, zunächst für das Königreich Sachsen.

FrankfRundsch. = Rundschau (für den Bezirk des OLG. Frankfurt a. M.)
GewA. = Gewerbearchiv.
GewGer. = Das Gewerbegericht.
G.G. (mit Ort z. B. Berlin) = Gewerbegericht Berlin.
GRschutz = Gewerblicher Rechtsschutz.
Goldschmidts Z. = Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt.
GoltdA. = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Begründet von Goltdammer.
Gruchots Beitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
Grünhuts Z. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
GS. = Gerichtssaal.
HansGerZ. = Hanseatische Gerichtszeitung.
HessRspr. = Hessische Rechtsprechung.
Hirths Ann. = Annalen des Deutschen Reichs. Begründet von Hirth.
Holdheims MSchr. = Monatsschrift für Handelsrecht usw. Herausgegeben von Holdheim.
JBl. = Juristische Blätter (Österreich).
JDR. = Jahrbuch des deutschen Rechtes (der Jahrgang wird durch arabische Ziffern bezeichnet).
Iherings J. = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes.
JLBl. = Juristisches Literaturblatt.
JW. = Juristische Wochenschrift.
KG. = Kammergericht.
KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
KGJ. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
KrVSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
MecklZ. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
NaumbAK. = Zeitung der Anwaltskammer Naumburg.
OLG. (mit folgender Band- und Seitenzahl) = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechtes. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
OLG. (mit Ort z. B. Breslau) = OLG. Breslau.
ÖstAGZ. = Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung.
ÖstCBl. = Österreichisches Centralblatt für die juristische Praxis.
PosMschr. = Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.
PreußVerwBl. = Preußisches Verwaltungsblatt.
PrOVG. = Entscheidungen des Königl. Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
Puchelts Z. = Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht.
R. = Das Recht.
**RG.** = Entscheidungen des Reichsgerichts; ohne weitere Quellenangabe = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RheinA. = Rheinisches Archiv.
RheinAV. = Zeitschrift des rheinpreußischen Amtsrichter-Vereins.
RJA. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamte.
**RMG.** = Reichsmilitärgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
SächsA. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
SächsOLG. = Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden.
SeuffA. = Seufferts Archiv.
SeuffBl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.
Soz. Pr. = Soziale Praxis.
ThürBl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
UnlW. = Unlauterer Wettbewerb.
VerwA. = Verwaltungsarchiv.
WürttJ. = Jahrbücher für Württembergische Rechtspflege.
WürttZFrG. = Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg.
ZAktWes. = Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen.
ZKirchR. = Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht.
ZSchw.R. = Zeitschrift für schweizerisches Recht.
ZStW. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
ZVersWiss. = Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft.

---

# Handelsgesetzbuch.

Literatur: Lehrbücher. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Aufl., Stuttgart 1903. — Gareis, Das deutsche Handelsrecht, Lehrbuch, 7. Aufl., Berlin 1903. Kommentare und Handausgaben. Basch, 5. Aufl., Berlin 1902. — Dove, Berlin 1900. — Düringer-Hachenburg, Mannheim 1899/1903. — Goldmann Berlin 1900/1902. — Lehmann-Ring, Berlin 1899/1902. — Lithauer, 12. Aufl. Berlin 1903. — Makower, 12. Aufl., Berlin 1900/1902. — Staub, 6. u. 7. Aufl. Berlin 1900.

## Erstes Buch.

## Handelsstand.

### Erster Abschnitt.

### Kaufleute.

Vorbemerkung: In diesem Abschnitte hat die Hauptschwierigkeit die Auslegung des § 2 und seine Abgrenzung gegen § 4 bereitet. Speziell liegen zahlreiche Äußerungen aus Theorie und Praxis über die Unterordnung des Handwerkers unter den einen oder anderen Paragraphen vor. Die theoretischen Äußerungen sind zum Teil von wirtschaftlichen Gesichtspunkten beeinflußt, da hier der Streit, wer zu Beiträgen zur Handelskammer und wer zu Beiträgen zur Handwerkerkammer heranzuziehen sei, hineinspielt.

Literatur: Lastig, Der Gewerbebetreibenden Eintragungspflicht zum Handelsregister und Beitragspflicht zur Handelskammer und Handwerkerkammer, Halle 1903. — Lotze, Zur Begriffsbestimmung des Kleingewerbes, Gruchots Beitr. **44** 405. — Ritter, Die Allgemeinen Lehren des Handelsrechts, Berlin 1900. — Schirrmeister, Die Bestimmung des Firmeneintrags für den Erwerb der Kaufmannseigenschaft, Goldschmidts Z. **49** 29.

**§ 1.** Abs. 1. Der § 1 gibt die Legaldefinition des Begriffs Kaufmann.

1. Zweifelhaft ist, ob zum Kaufmannsbegriff ein Auftreten als Geschäftsmann nach außen erforderlich ist. Cosack 25e verlangt eine Art Offenkundigkeit für den allgemeinen Verkehr; ebenso Düringer-Hachenburg I 26 Anm. III; Lehmann-Ring I 5 Anm. I; Goldmann I 3 Anm. 1 I 2; dagegen Staub § 1 Anm. 29, auch Makower 3, welche letzteren auch dem Kommanditisten als solchem die Kaufmannseigenschaft beilegen.

Wer im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung ein Handelsgeschäft betreibt, ist Kaufmann. **RG.** JW. **03** 63.

2. Zum Begriffe des Handelsgewerbes gehört nicht, daß Gewinn aus Gewinnsucht erstrebt wird. Auch Staat, Gemeinden, gemeinnützige Unternehmungen, milde Stiftungen, Sparkassen, Offizier-Kasinos betreiben ein Handelsgewerbe, wenn nur sonst dessen Voraussetzungen vorliegen. Ritter 12; ebenso OLG. Jena, R. **01** 51.

Immerhin muß aber die Absicht bestehen, aus der Tätigkeit als Kaufmann Gewinn zu erzielen, wenngleich diese Gewinnabsicht nicht bei jedem einzelnen Geschäfte hervorzutreten braucht. Goldmann I 2 u. 3 Anm. 1 I 2.

3. Auch die Ehefrau kann selbständig ein Handelsgewerbe betreiben.

a) Allerdings bedarf sie dazu der jederzeit widerruflichen Zustimmung des Ehemanns. Daß ein vorheriger, in einem Ehevertrag ausgesprochener Verzicht

auf diesen Widerruf wirksam ist, wird von Cosack 54[6] bejaht, von Düringer-Hachenburg I 10 Anm. 6 verneint.

b) Cosack 51 hebt hervor, daß die verheirateten Handelsfrauen, welche mit Einwilligung ihres Ehemanns Handel treiben, in zwei Kategorien zerfallen, in selbständige und unselbständige Handelsfrauen, je nachdem der Ehemann erlaubt, daß die Frau den Betrieb unabhängig von ihm leitet, oder sich selbst die Oberleitung vorbehält. Dagegen polemisiert Lehmann-Ring I 14 Anm. 29, indem er ausführt, daß der von Cosack in zweiter Linie angenommene Fall angesichts § 1375 BGB. nicht denkbar erscheine, da in der Duldung des Handelsbetriebs der Frau auch zugleich die Einwilligung zum selbständigen Betriebe liege.

4. Beginnt der Vater oder die Mutter kraft elterlicher Gewalt ein neues Erwerbsgeschäft im Namen des Kindes, so kann die Eintragung der für das Geschäft angenommenen Firma in das Handelsregister nicht auf Grund des § 1645 BGB. mangels Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abgelehnt werden. KGJ. **20** A 160, Goldschmidts Z. **51** 266, CBlFrG. **1** 337, RJA. **1** 105 (KG.). (Vgl. JDR. **1** Ziff. 1 zu § 1645 und **2** zu § 1645 BGB.)

5. Das Gewerbe betreibt derjenige, den die rechtlichen Folgen der Tätigkeit unmittelbar treffen sollen und auf dessen Namen die Geschäfte geschlossen werden, gleichgültig, ob der Betreffende auch nur Nießbraucher oder Pächter ist. Lehmann-Ring I 5 Nr. 9.

Die Eigenschaft als Kaufmann wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß der Gewerbetreibende wirtschaftlich nicht völlig selbständig, insbes. nicht in der Wahl der Bezugsquellen frei ist und daß er die Verpflichtung hat, die Reineinnahmen des Geschäfts an dessen früheren Inhaber bis zur Tilgung des Erwerbspreises abzuführen. KGJ. **23** D 14 (ObLG.), OLG. **3** 406, CBlFrG. **2** 575.

6. Die Handelsgewerbetreibenden, welche die im § 1 Ziff. 1—9 bezeichneten Geschäfte treiben, werden im Gegensatze zu der in §§ 2 u. 3 genannten Kategorie als Mußkaufleute bezeichnet. Dagegen meint Cosack 33 und Düringer, R. **00** 92, daß richtiger als die Einteilung: „Muß-, Soll- und Kannkaufmann" die in: Kaufleute kraft Gesetzes (§§ 1, 36) und kraft Eintragung ist, wobei die letzteren wieder in Kaufleute kraft zwangsweiser Eintragung (§ 2) und kraft freiwilliger Eintragung (§§ 3, 36, 2) zerfallen.

7. Der Handelsgehilfe ist nicht Kaufmann i. S. des § 1. **RG.** JW. **02** 424.

8. Eine Landwirtschaftskammer ist Kaufmann, wenn sie den Handel mit landwirtschaftlichen Maschinen ꝛc. gewerbsmäßig, d. h. auch in der Absicht, Gewinn zu erzielen, betreibt. LG. Halle, CBlFrG. **3** 716.

Abs. 2. Die einzelnen Grundhandelsgeschäfte.

Zu Nr. 1. a) Entgegen der allgemein herrschenden Lehre (Gareis, HGB. 52, Lehmann-Ring I 21, Goldmann 31, Cosack 64) verficht Voß (DJZ. **03** 44) den Satz, daß sich die Registerpflicht der Gastwirte nicht nach § 1, sondern nach § 2 bemesse, weil dem Wirte das für den Kaufmannsbegriff des § 1 unentbehrliche Requisit der „Weiterveräußerung" der von ihm angeschafften Waren fehle. Die Weiterveräußerung stelle auf seiten des Warenempfängers wieder ein Anschaffungsgeschäft dar; ein solches liege aber auf seiten des Gastes, welcher sich vom Wirte beköstigen lasse, nicht vor: Das Rechtsgeschäft zwischen Gast und Wirt sei kein Kaufgeschäft, da die Kriterien eines solchen (§ 433 BGB.) nicht gegeben seien.

Voß übersieht — wie Orthal, DJZ. **03** 197 ausführt — daß Anschaffungsgeschäft nicht nur das Kaufgeschäft, sondern jedes Rechtsgeschäft ist, welches dem Anschaffenden Eigentum an fremden beweglichen Sachen gegen Entgelt verschaffen soll. Der Gast erwirbt aber Eigentum an den vorgesetzten

Speisen und Getränken. Damit ist also die von Voß vermißte „Weiterveräußerung" gegeben.

So auch LG. Schwerin, MecklZ. **18** 320, wo ausgeführt ist, daß ein Gastwirt, der in seinem Gewerbebetriebe Speisen und Getränke ankauft und diese an seine Gäste gegen Bezahlung verabfolgt, Kaufmann im Sinne des § 1 Abs. 2 Ziff. 1 ist. Ebenso OLG. **6** 466 (KG.).

b) Ein Bierbrauer, dessen Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, ist nicht Kaufmann. BayrObLG., OLG. **6** 234, R. **03** 133.

c) Ein Lehrer, der Schüler zum Zwecke der Erziehung, des Unterrichts und der Aufsicht in Pension nimmt, ist deshalb, weil er Nahrungs- und Genußmittel für seine Zöglinge anschafft und ihnen verabfolgt, noch nicht Kaufmann. CBlFrG. **2** 7 (KG.).

d) Der Apotheker ist Kaufmann. BayrObLG., SeuffBl. **66** 17, Staub, § 1 Anm. 28.

e) Wer das Töpfergewerbe in der Weise betreibt, daß er Kacheln von der Fabrik im großen kauft, um sie als Öfen weiterzuveräußern, ist Kaufmann. Seine Tätigkeit ist Spekulationsanschaffung aus § 1 Abs. 1, da die zum Zwecke der Veräußerung angeschaffte Ware ihren Charakter als Ware durch die Bearbeitung nicht verliert. **RG.** JW. **01** 844, SeuffBl. **67** 111, SächsA. **11** 714, CBlFrG. **2** 838, Holdheims MSchr. **11** 74.

f) Ein die Lieferung von Zimmermanns- und Schreinerartikeln besorgendes Baugeschäft ist als Handelsgewerbe im Sinne des § 1 Ziff. 1 zu betrachten, da Werklieferungsverträge unter diese Gesetzesbestimmung fallen. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **02** 120, CBlFrG. **2** 845, R. **02** 268.

g) Keine „Vereinbarung" liegt vor, wenn die angeschaffte Ware nur zur Verarbeitung anderer Waren dient (z. B. Schneiderzutaten). Ritter 10.

Zu Nr. 2. a) Ein Faktor für Webwaren, der von einer Firma Garn für Ketten und Schuß zur selbständigen Verarbeitung übergeben erhält und dieses wieder an eine Anzahl in seinem Lohne stehender Hausweber verteilt, ist Kaufmann, wenn sein Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht, d. h. so erheblich ist, daß er eine kaufmännische Organisation erfordert. Diese Erheblichkeit wird bejaht bei einem wöchentlichen Arbeitspensum von 500 Kilo Garn und der Beschäftigung von ungefähr 60 Webern. LG. Zwickau, CBlFrG. **1** 860.

b) Der Betrieb einer Ziegelei auf eigenem oder zur Verfügung stehendem fremden Grundstück ist kein Handelsgewerbe. **RG.** **50** 155.

c) In der gewerbemäßigen Abgabe von Dreschmaschinen seitens des Eigentümers an Landwirte kann nach den tatsächlichen Verhältnissen, insbesondere wenn die Angestellten des Maschineneigentümers den Ausdrusch in der Hauptsache allein, ohne Mitwirkung der Leute des Landwirts zu besorgen haben, ein Gewerbebetrieb nach Nr. 2 gefunden werden. RJA. **2** 229, KGJ. **23** A 35, SächsA. **12** 569, MecklZ. **20** 377, PosMSchr. **01**, 199, ThürBl. **49** 161 (KG.).

Zu Nr. 3. Die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit haben Kaufmannseigenschaft. Hagen, KGBl. **12** 57.

Nach Cosack 738 ist die Versicherung auf Gegenseitigkeit nur dann Handelsgeschäft, wenn der Versicherungsnehmer Kaufmann ist.

Nach der Denkschrift II 11 sind die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit jedoch nicht als Kaufleute anzusehen.

Nach KG. sind die Geschäfte der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit Handelsgeschäfte. Diese Vereine sind nicht schlechthin als Kaufleute anzusehen, wenn sie auch den für Kaufleute geltenden Bestimmungen unterliegen. CBlFrG. **3** 342, R. **02** 530.

Zu Nr. 4. Ob eine G. m. b. H. dem Betriebe von Bankgeschäften dient oder nicht, kann nur nach der Art des Betriebs (Vermittelung des Geld- und Kreditverkehrs), nicht aber nach dem Zwecke beurteilt werden, den die Gesellschaft bei der Erzielung des Gewinns und bei der Ansammlung von Vermögen in letzter Reihe verfolgt. OLG. **3** 415, SeuffA. **56** 225 (KG.).

Zu Nr. 5. Der Korrespondentreeder, ebenso der Mitreeder, ist nicht Kaufmann. OLG. Celle, SeuffA. **55** 61.

Zu Nr. 6. Der Lotterieeinnehmer ist Kommissionär und als solcher Kaufmann. LG. Erfurt, CBlFrG. **2** 722.

Zu Nr. 7. Der Generalagent von Versicherungsgesellschaften ist Vollkaufmann. **RG.** OLG. **3** 401, **6** 507, KGJ. **22** A 70, SächsA. **12** 570, R. **03** 46, ElsLothrJZ. **23** 25, CBlFrG. **3** 544.

Zu Nr. 8. Auch das nur handwerksmäßig betriebene Verlagsgeschäft, einschließlich des Zeitungsverlags, ist als Handelsgewerbe anzusehen, selbst wenn die Zeitung nur zusammengelesene Artikel und Ankündigungen enthält. BayrObLG., SeuffBl. **66** 496, R. **01**, 567.

**§ 2.** 1. Der Charakter dieser Vorschrift ist der einer clausula generalis. Staub I 61 Anm. 1.

a) Ob ein gewerbliches Unternehmen einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, ist nicht nur nach dem Umfange, sondern auch nach der Art des Gewerbes festzustellen. Die Rücksichtnahme auch auf die Art des Gewerbes wird von der Denkschr. (9, 13, 14) betont und ist nicht, wie Staub (§ 2 Anm. 7) meint, eine überflüssige Bestimmung, welche völlig ignoriert werden könne. Lotze, Gruchots Beitr. **44** 405; Ritter 13; Sächs. OLG. **23** 453 (Dresden); Marcus, R. **01** 170; Goldmann I 21; ZAktWes. **10** 14.

b) Düringer-Hachenburg I 39 IIIa erklären die Worte „nach Art und Umfang" also: Durch die Art des Gewerbebetriebs werde sein Charakter als kaufmännischer Betrieb gegenüber dem Handwerke, der Land- und der Forstwirtschaft, den wissenschaftlichen oder künstlerischen Erwerbszweigen hervorgehoben; durch die Hinweisung auf den Umfang werde klargestellt, daß jedenfalls der Kleinbetrieb niemals unter die im § 2 vorgesehenen Unternehmen gerechnet werden könne.

Die Erheblichkeit des Umsatzes und der Umstand, daß der Betreffende in Wechselverkehr steht, ist nicht allein maßgebend. Es kommt auch namentlich die innere Einrichtung des Geschäftsbetriebs in Betracht. **RG.** (Straff.) **35** 288.

2. Es genügt die Feststellung, daß ein gewerbliches Unternehmen nach der Art oder dem Umfang eine kaufmännische Organisation nicht nötig mache, um die Anwendung des § 2 auszuschließen. KGBl. **13** 28 (KG.)

3. Die Voraussetzungen des § 2 sind nicht unbedingt aus der Zugehörigkeit zu bestimmten Gewerbesteuerklassen abzuleiten. Die Veranlagung zur Gewerbesteuer ist nur einer der zahlreichen Faktoren, die einen Rückschluß auf die Bedeutung des Betriebs im geschäftlichen Leben zulassen. Daneben sind zu beachten Anlage- und Betriebskapital, Verwendung der Anzahl von Menschen-, Maschinen- und sonstigen Kräften, Ausgaben für Anschaffungen und Löhne ꝛc. OLG. **2** 395, NaumbAK. **01** 43 (KG.).

4. a) Die Eigenschaft eines Kaufmanns im Sinne des § 1 und diejenige eines Handwerkers im Sinne des § 4 sind keineswegs miteinander unvereinbar. Ein Bäckermeister ist zweifellos Handwerker, daraus folgt aber nicht, daß er wegen seiner Eigenschaft als Handwerker schlechthin von der Verpflichtung befreit sei, für sein Gewerbe eine Firma in das Handelsregister eintragen zu lassen. Auch der Handwerker unterliegt, wenn sein Betrieb die Voraussetzungen des § 2 erfüllt, dem Registerzwang. Unrichtig ist die sub Nr. 1

oben erwähnte, namentlich von Staub a. a. O. vertretene Ansicht, wonach das „nach Art" ignoriert und der § 2 schlechtweg auf ein solches Gewerbeunternehmen bezogen werden soll, dessen „Umfang" eine kaufmännische Einrichtung erfordert oder welches mit anderen Worten einen so erheblichen quantitativen Inhalt hat, daß sein ordnungsmäßiger Betrieb eine kaufmännische Einrichtung nötig macht. NaumbAK. **01** Nr. 6 (KG.), auch Holdheims MSchr. **10** 204.

b) Lastig gewinnt bezüglich der Handwerker aus der Geschichte des Gesetzes — im Gegensatze zu den Kommentatoren des HGB. — das Ergebnis, daß für die Handwerker, mögen sie auch Großhandwerker sein, § 4 maßgebend ist, daß sie aber von den Vorschriften über die Firmen eximiert sind. Hieran könne auch § 2 nichts ändern. Unter ihn fallen nur die Unternehmer solcher Arten von Gewerbebetrieben, welche neben den im § 1 aufgezählten sich noch aus dem Warenhandel entwickelt haben und entwickeln können. Diese Begrenzung wird durch die Worte „nach Art" angezeigt.

c) Auch für einen an sich dem Handwerke zuzurechnenden Gewerbebetriebe (Schlächtergewerbe) muß, wenn die Voraussetzungen des § 2 vorliegen, der Unternehmer die Eintragung seiner Firma herbeiführen. Die Betriebsart und der Betriebsumfang sind entscheidend. Für die Feststellung des Umfanges müssen sämtliche Umstände herangezogen werden, welche einen Rückschluß auf die Bedeutung des Betriebs im geschäftlichen Leben zulassen. Der Umsatz allein ist nicht maßgebend; insbesondere ist zu beachten, wie das Anlage- und Betriebskapital des Unternehmens sich stellt, welche Menschen-, Maschinen- und sonstige Kräfte in ihm Verwendung finden, welche Räumlichkeiten für die Lagerung, Herrichtung und Verwertung der Ware zur Verfügung stehen, welche Ausgaben für Anschaffungen und Löhne gemacht werden, wie hoch die Einnahmen und der Gewinn sind, welchen Betrag die Gewerbesteuer ausmacht usw. Was die Art des Betriebs betrifft, so ist es gerade bei Betrieben, die dem Handwerk angehören, sehr wohl denkbar, daß ein Unternehmen, trotz erheblicher Bedeutung doch seiner ganzen Anlage nach so einfach und durchsichtig ist, daß sich spezifische kaufmännische Einrichtungen, als kaufmännische Buchführung, Aufstellung von Inventar und Bilanz, Zurückbehaltung von Abschriften, Aufbewahrung der Geschäftskorrespondenz, Anstellung eines geschulten Personals usw., völlig erübrigen. KGJ. **21** A 86, KGBl. **12** 18, OLG. **2** 395, SächsA. **12** 570, R. **01** 233, Goldschmidts Z. **51** 220 (KG.).

5. Einzelnes.

a) Pfandleiher.

Der Pfandleiher ist nicht Kaufmann. Seine Geschäfte fallen nicht unter die im § 1 aufgezählten, und die Art des Gewerbes schließt dieses von der Kategorie des § 2 aus. Es dient dem Kleinverkehre, den Interessen der des Personalkredits entbehrenden schwächeren Volksklassen. Der Geschäftsbetrieb ist der behördlichen Kontrolle so umfänglich unterstellt, daß alle freie kaufmännische Tätigkeit bei diesem Gewerbe, auch bei größtem Umfang, ausgeschlossen ist. Die Art der Buchführung, die Höhe der zulässigen Zinsen, die Voraussetzungen und die Art des Pfandverkaufs — alles das ist durch Landesgesetzgebung geregelt. Schon dieser Umstand läßt auf das fragliche Gewerbe nicht die reichsrechtlichen Normen des HGB. anwendbar erscheinen. Marcus, R. **01** 170.

b) Sparkassen.

α. Eine Sparkasse ist verpflichtet, ihre Firma zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, wenn das Unternehmen einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Betrieb erfordert und wenn es ein gewerbliches ist, d. h. wenn die Absicht des Unternehmens auf die Erzielung eines dauernden Gewinns gerichtet ist. Diese Absicht ist mit der Verfolgung eines wohltätigen und ge-

meinnützigen Zweckes, wie er dem Betriebe von Sparkassen zugrunde zu liegen pflegt, durchaus vereinbar und wird auch dadurch nicht in Frage gestellt, daß der bei Verfolgung des wohltätigen uud gemeinnützigen Zweckes erzielte Gewinn wiederum wohltätigen und gemeinnützigen Zwecken zugute kommen soll. OLG. Jena, RJA. **2** 23, CBlFrG. **1** 813, KGJ. **21** D 13, R. **01** 51, 203, SeuffA. **56** 405, SächsA. **12** 570, MecklZ. **20** 70.

β. Eine Gemeindesparkasse im Sinne des Badischen Sparkassengesetzes ist nicht als gewerbliches Unternehmen anzusehen und unterliegt daher nicht der Eintragungspflicht. Auch ist sie als Unternehmen von Kommunalverbänden von der Registerpflicht befreit. LG. Konstanz, BadRpr. **01** 274.

c) Konsumvereine.

α. Dem Geschäftsbetrieb eines Konsumvereins, welcher die im großen eingekauften Waren zu erhöhtem Preise an die Vereinsmitglieder abgibt und den so erzielten Überschuß alljährlich als Dividende an die einzelnen Mitglieder nach Maßgabe der von diesen bezogenen Waren verteilt, fehlt die für die Eintragung in das Handelsregister notwendige Eigenschaft der Gewerbsmäßigkeit. Die Dividende stellt sich nicht dar als eine den Mitgliedern aus dem Handel zufließende Einnahme, sondern als Rückzahlung eines Teiles des von ihnen für die Waren entrichteten Preises. RJA. **2** 19, OLG. **2** 122, KGJ. **21** A 75, SächsA. **12** 570, CBlFrG. **1** 310, MecklZ. **20** 77, ThürBl. **49** 13 (KG.).

β. Nur ein rechtsfähiger Unternehmer, eine Person oder Personenmehrheit ist eintragungsfähig. Ein Konsumverein, der der Rechtsfähigkeit entbehrt, kann nicht eingetragen werden. OLG. **1** 356 (KG.).

d) Eine Gesellschaft, die lediglich die Wassergewinnung aus einem Gesellschaftsgrundstücke zum Gegenstande hat, während die Wasserabgabe an die Konsumenten nicht von der Gesellschaft, sondern von den einzelnen Gesellschaftern für deren Rechnung erfolgt, ist nicht nach § 2 eintragspflichtig, da es am Erfordernisse der Gewerbsmäßigkeit fehlt. LG. Verden, CBlFrG. **3** 719.

e) Der Bäcker ist Handwerker und bleibt es auch bei dem üblichen geringen Nebenhandel mit fertig bezogenen Waren. Das schließt aber seine Registerpflicht nicht aus, wenn sie durch Art umd Umfang des Betriebs begründet wird. **RG.** (Straff.) **21** 209; **24** 81; CBlFrG. **2** 30.

f) Maurermeister, Bauunternehmer, Zimmermeister.

Als ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, dürfte nicht ohne weiteres anzusehen sein der Gewerbebetrieb eines Maurermeisters, welcher nur für den Bauherrn die Verarbeitung des von diesem beschafften Baumaterials durch seine Arbeiter übernimmt. Übernimmt er aber auch die vollständige Herstellung von Bauwerken und schließt zu diesem Zwecke mit den Bauhandwerkern Werkverträge für eigene Rechnung oder errichtet er gar Wohngebäude auf eigenen Grundstücken, um die bebauten Terrains später zu verkaufen, so ist er nicht mehr bloß Maurermeister, sondern Bauunternehmer, und im Interesse der Übersichtlichkeit und Erkennbarkeit seiner Geschäfte wird dann ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb zu erfordern sein. OLG. **7** 145 (KG.); OLG. **2** 162 (KG.), CBlFrG. **2** 30.

Ein Bauunternehmer ist zur Eintragung seiner Firma verpflichtet, sofern ein kaufmännischer Geschäftsbetrieb nach Art und Umfang vorliegt. Eine solche „Art" des Betriebs würde nicht vorliegen, wenn der Unternehmer im wesentlichen als ausführender Maurermeister zumeist mit nicht von ihm angeschafftem Material für fremde Rechnung tätig ist, so daß sich seine Ausgaben im allgemeinen auf Lohnzahlungen beschränken, daß er keinen Wechselverkehr hat, keinen kaufmännischen Kredit beansprucht ꝛc. OLG. **2** 142 (KG.), CBlFrG. **1** 734,

KGBl. **12** 18, R. **01** 96, SächsA. **12** 570, ThürBl. **48** 428, RJA. **1** 189; OLG. Darmstadt, HessRspr. **3** 154.

g) Ärzte als Inhaber von Krankenheilanstalten.

α. Ärzte, die eine Krankenheilanstalt betreiben, sind zur Eintragung ins Handelsregister verpflichtet, wenn sie aus dem Betrieb als solchem Gewinn zu ziehen beabsichtigen. Die Ausübung des ärztlichen Berufs im Sinne des HGB. ist kein Gewerbebetrieb. In dem Betrieb einer Heilanstalt kann jedoch ein Gewerbebetrieb liegen. Für die Abgrenzung ist entscheidend, ob der Betrieb selbständiges Mittel zur Erzielung einer dauernden Einnahmequelle ist oder sich lediglich als Mittel dem Zwecke unterordnet, die, wenn auch mit Gewinnbezug verbundene Ausübung der ärztlichen Berufstätigkeit zu ermöglichen und zu fördern, wie z. B. bei Krankenanstalten zu Lehrzwecken oder zu eigener Fortbildung oder für wissenschaftliche Untersuchungen. KGJ. **21** A 248, Goldschmidts Z. **51** 225, OLG. **2** 277, CBlFrG. **1** 814 (KG.). Vgl. DJZ. **98** 331, R. **01** 203, RJA. **2** 24, SächsA. **12** 570, ThürBl. **49** B 17.

β. Nach B. Hilse, Ärztl. Sachverständigenztg. **01** 227 Nr. 11, sind Ärzte dann als Inhaber von Heilanstalten in das Handelsregister eintragspflichtig, wenn die ärztliche Behandlung hinter der Verpflegung des Aufgenommenen zurücktritt, was bei Entbindungs- und Irrenanstalten zutrifft. Sie unterliegen dann den Einschränkungen des HGB. § 18 und GewO. § 15a bei Führung des Geschäftsnamens.

h) Auskunfteien werden in der Regel Kaufleute nach § 2 sein. Ihr Unternehmen erfordert nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb. Sontag, Die Haftung für Auskunftserteilung, Holdheims Mschr. **12** 141. Vgl. JDR. **2** 159 ff. zu § 676 BGB.

i) Auktionator.

Ein Auktionator ist in das Handelsregister als Kaufmann einzutragen, da sein gewerbliches Unternehmen einen kaufmännisch eingerichteten Betrieb erfordert. OLG. Oldenburg, CBlFrG. **2** 834, R. **02** 298.

k) Generalagenten.

Ein Generalagent welcher, im Dienste mehrerer gegen Prämie versichernder Gesellschaften stehend, in selbstbeschafften Geschäftsräumen und mit eigenem Personale tätig ist, welcher auch die Kosten des Betriebs selbst trägt, ist selbständiger Kaufmann, auch wenn er vertragsmäßig den Weisungen der Gesellschaftsdirektionen zu folgen hat. KGJ. **22** A 97, CBlFrG. **2** 454 (KG.).

l) Mitglieder des hohen Adels.

Die Mitglieder des hohen Adels sind verpflichtet, eine kaufmännische Firma zur Eintragung in das Handelsregister bei dem Amtsgerichte, nicht etwa bei dem Oberlandesgericht, anzumelden. KG., SächsA. **12** 570, CBlFrG. **2** 569, RJA. **2** 223, MecklZ. **20** 376, R. **02** 17, KGJ. **23** A 78, Goldschmidts Z. **53** 174, ThürBl. **49** B 158.

**§ 3.** 1. Die in diesem Paragraphen bezeichnete Kategorie von Kaufleuten wird von Makower 2 II 4 zu § 1 als „Kannkaufleute" im Gegensatze zu den sogenannten „Mußkaufleuten" des § 1 und „Sollkaufleuten" des § 2 bezeichnet. Vgl. dazu o. § 1 Nr. 6.

2. a) Für die Frage, ob ein gewerbliches Unternehmen oder ein landwirtschaftliches Nebengewerbe vorliegt, ist der Umfang des betreffenden Gewerbes ohne Bedeutung. Maßgebend ist, ob der landwirtschaftliche Betrieb nach Buchwert und Betriebskapital sich als Hauptbetrieb darstellt. OLG. **3** 402, SeuffA. **57** 127, SächsA. **12** 570, CBlFrG. **2** 223, ThürBl. **49** B 97, Goldschmidts Z. **53** 177 (GK.).

b) Ein landwirtschaftliches Nebengewerbe unterliegt auch dann nicht der

Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister, wenn sich der Landwirt für den Betrieb mit anderen Personen zu einer Gesellschaft verbunden hat. Es kommt stets nur darauf an, daß das betreffende Gewerbe vom Landwirte betrieben wird und im Verhältnisse zur Landwirtschaft nebensächlicher Natur ist und daß es in der Landwirtschaft eine Stütze findet, sich als Ausfluß derselben darstellt. PosMschr. **02** 42, CBlFrG. **2** 845, **3** 64, R. **02** 321, ThürBl. **50** 45, KGJ. **24** A 63 (KG.).

c) Für die Frage, ob das gewerbliche Unternehmen ein Nebengewerbe des landwirtschaftlichen Betriebs ist, kommt es nur darauf an, ob es mit diesem in einem solchen Zusammenhange steht, daß der landwirtschaftliche Betrieb als das Hauptunternehmen erscheint, an das es sich als ein von ihm abhängiges Unternehmen anschließt, indem es eine gewinnreichere Verwertung der Erzeugnisse des landwirtschaftlichen Betriebs durch deren Verarbeitung oder eine ausgiebigere Ausnutzung der vorhandenen Arbeitskräfte ermöglicht oder in anderer Weise ihn fördert, sein Erträgnis erhöht. OLG. **7** 380 (BayrObLG.), R. **03** 318.

3. Praktische Fälle.

a) Der Betrieb eines Lohndrusches und einer Ziegelei stellt sich als ein Nebengewerbe neben dem landwirtschaftlichen Betriebe dar. LG. Bromberg, PosMschr. **01** 76.

b) Eine Ziegelei ist landwirtschaftliches Nebengewerbe, wenn ihr Betrieb in angemessenem Verhältnisse zu dem land- und forstwirtschaftlichen Betriebe steht, welchem das betreffende Gut grundsätzlich gewidmet ist. OLG. **6** 233 (BayrObLG.).

c) Der Gewerbebetrieb einer nicht eingetragenen Molkereigenossenschaft ist Nebengewerbe der landwirtschaftlichen Betriebe der einzelnen Mitglieder. § 3 bietet keinen Anhalt dafür, daß er nur auf einen Einzelbetrieb der Landwirtschaft und nicht auf ein von mehreren gemeinschaftlich betriebenes landwirtschaftliches Nebengewerbe Anwendung finde. Nur wenn die die Molkerei betreibende Genossenschaft ein von den einzelnen Mitgliedern verschiedenes Rechtssubjekt wäre, könnte von einem Nebengewerbe der einzelnen Mitglieder nicht mehr die Rede sein. LG. Offenburg, BadRpr. **03** 195, CBlFrG. **4** 226.

d) Auch eine Bierbrauerei kann als Nebengewerbe eines landwirtschaftlichen Betriebs gelten. OLG. **7** 380 (BayrObLG.).

**§ 4.** Die Minderkaufleute.

1. Für den Begriff des Kleingewerbes wird von dem HGB. n. F. kein Gewicht mehr auf die Art des Gewerbes gelegt, sondern allein auf dessen Umfang (Lotze 409). Ist aber für das Prinzip des § 2 der Umfang und die Art des Erwerbes für das des § 4 nur der Umfang des Gewerbes maßgebend, so decken sich die Prinzipien nicht, und Staub (DJZ. **98** 421, Vollkaufmann und Minderkaufmann nach dem n. HGB.) darf für das „Kleingewerbe" nicht annehmen, daß es das gerade Gegenteil der Erfordernisse des § 2 voraussetze, um es dann als ein Gewerbe zu definieren, welches einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordere. Lotze 408, auch Ritter 19.

Bezüglich der Handwerker speziell ist es zweifelhaft, ob der Umfang des Geschäftsbetriebs das alles entscheidende Kriterium ist. So Staub I 71 Anm. 3 und 4.

Goldmann I 30 Anm. I 1 meint, daß der § 4 dann Anwendung zu finden hat, wenn bei Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Verhältnisse anzunehmen ist, daß der Betrieb den Charakter und die innere Natur des Handwerkes beibehalten und nicht den Charakter des Fabrikbetriebs angenommen hat.

Ähnlich auch Lehmann-Ring I 39 Nr. 3: Handwerker bleibt, wer mit seinen und seiner Gesellen Händen das Werk beschafft, auch bei beträchtlichem Umange des Betriebs.

2. Zur Entscheidung der Frage, ob Groß- oder Kleinbetrieb vorliegt, wird namentlich in Betracht kommen: das zum Betriebe verwendete Kapital, der Umsatz, der Ertrag, die Gewerbesteuer, die Größe und Beschaffenheit der dem Betriebe gewidmeten Räumlichkeiten, die Organisation des Betriebs, insbes. ob er in der Hauptsache von der persönlichen Arbeitskraft des Inhabers ausgefüllt wird, oder ob darin eine größere Anzahl von Angestellten unter Ausnutzung des Prinzips der Arbeitsteilung beschäftigt ist, das Maß der Inanspruchnahme von Kredit unter Wechselverkehr, endlich die mehr oder minder verwickelte Gestaltung der geschäftlichen Beziehungen zu einem größeren Kreise von Lieferanten, Kunden oder Angestellten. Die Annahme eines Großbetriebs ist aber nicht davon abhängig, daß diese Momente sämtlich zutreffen, es genügt vielmehr, daß der Betrieb seiner gesamten Beschaffenheit nach zu einer kaufmännischen Organisation um seines Umfanges willen hindrängt. OLG. **6** 466, SeuffA. **58** 468 (KG.), vgl. auch RJA. **2** 131 (KG.), KGJ. **22** A 276, SächsA. **12** 571, CBlFrG. **2** 221, OLG. **3** 405, ThürBl. **49** 92. Auch die äußere Einrichtung des Geschäftsbetriebs ist in Betracht zu ziehen. **RG.** JW. **03** 140.

Auch die Besteuerung kann entscheidend für Beantwortung der Frage sein, ob Groß- oder Kleinbetrieb vorliegt. LG. Schwerin, MecklZ. **18** 320, CBlFrG. **1** 427.

3. Aus dem Fehlen kaufmännischer Bücher und kaufmännischen Hilfspersonals kann nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß der Geschäftsbetrieb über den Umfang des Kleingewerbes nicht hinausgeht. Es kann der Grund für das Fehlen auch darin liegen, daß der Betreffende seiner gesetzlichen Verpflichtung nicht nachkommt. OLG. Frankfurt, FrankfRundsch. **02** 218.

4. Höker und Trödler können jetzt Vollkaufleute sein, wenn ihr Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht. Denkschr. 18, Lotze 407.

Der Bestimmung des § 4 muß bei dem Zusammenhalten mit der Bestimmung des § 2 die Bedeutung beigemessen werden, daß die Vorschriften über Führung von Handelsbüchern da außer Anwendung zu bleiben haben, wo ein Handelsgewerbe nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Art und Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. **RG.** R. **02** 400, DJZ. **02** 534.

5. Auch ein Minderkaufmann kann durch den Gebrauch einer sein nachweislich bestehendes Gesellschaftsverhältnis andeutenden Firma nach außen hin erkennbar machen, daß ein Teilnehmer hinter ihm stehe, für den er mitkontrahieren wolle. **RG.** JW. **01** 164.

6. Wird ein Handelsgewerbe, obwohl es den Rahmen des Kleingewerbes nicht überschreitet, nach außen unter einer auf eine offene Handelsgesellschaft deutenden Firma betrieben, so hat dies zur Folge, daß die betreibenden Sozien gutgläubigen Dritten gegenüber zu Gesellschaftern im Sinne der Bestimmungen über die Haftung bei offenen Handelsgesellschaften werden. KGBl. **14** 59 (KG.).

7. Wenn ein Minderkaufmann einen fremden Namen ohne Eintragung als Geschäftsnamen benutzt, so ist dies keine Firma im Sinne des HGB. Die Vorschrift des § 25 HGB., wonach der Erwerber eines Handelsgeschäfts, der dieses unter Beibehaltung der Firma weiterführt, für die Geschäftsschulden des früheren Firmeninhabers haftet, findet daher keine Anwendung auf den Erwerb eines Geschäfts eines Minderkaufmanns. **RG.** DJZ. **03** 429, BankA. 3 9.

8. Sinkt der Betrieb eines Vollkaufmanns dauernd auf den Umfang eines Kleingewerbes herab, so hat der Inhaber des Betriebs das Erlöschen der Firma und Prokura zum Handelsregister anzumelden. OLG. **3** 404, SächsA. **12** 570, CBlFrG. **2** 534 (KG.).

9. Geht der Gewerbebetrieb einer Person nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinaus, so ist die Eintragung einer Firma ins Handelsregister auch

dann unzulässig, wenn die Möglichkeit vorliegt, daß der Gewerbebetrieb sich zum Großbetrieb auswachsen werde. OLG. **7** 146 (KG.).

LG. Mainz, HessRspr. **01** 132: Es kommt auf den quantitativen Inhalt der in einem Handelsbetrieb abgeschlossenen Geschäfte an, nicht auf die Bezeichnung des Geschäfts. So kann auch ein Geschäft, das die Bezeichnung „Weingroßhandlung" führt, bei geringem Umfange des Betriebs unter § 4 fallen. Maßgebend ist immer nur der derzeitige Umfang; eine etwaige Ausdehnungsfähigkeit des Geschäfts für eine spätere Zeit bleibt außer Ansatz.

Zu Abs. 3. 1. Dove, Holdheims MSchr. **7** 297, führt gegenüber der von dem preußischen Handelsminister beabsichtigten (inzwischen aufgegebenen) Abgrenzung zwischen Voll- und Minderkaufmann durch Verordnung der Landesregierung aus, daß die Landesregierung, wenn sie auf die nach dem Umsatze bemessene Steuerpflicht als Abgrenzungsmerkmal zurückgreift, nicht innerhalb einer einzelnen Steuerstufe eine Abgrenzung nach anderen Merkmalen vornehmen dürfe. Er bejaht (gegen Staub), daß die Regelung durch das preußische Gewerbesteuergesetz vom 24. Juni 1891 der Voraussetzung des § 4 Abs. 3 HGB. entspreche.

2. In einzelnen Bundesstaaten sind keine die Grenze des Kleingewerbes regelnden Bestimmungen erlassen worden. Hier greift richterliches Ermessen Platz.

Bei einem Gastwirt ist bei einer Einkommenseinschätzung von 10 500 bis 12 000 M. die Qualität als Kleingewerbetreibender zu verneinen. LG. Schwerin, MecklZ. **18** 320.

Die Fortführung des Namens und der Firma (§ 25) ist bei Kleingewerbetreibenden unzulässig. AG. Pforzheim, BadRpr. **02** 270.

**§ 5.** 1. Nach bisherigem Rechte galt — abgesehen von den Form- oder fiktiven Kaufleuten des Gesellschaftsrechts — der Satz: Die Kaufmannseigenschaft beruht nicht auf der Eintragung der Firma in das Handelsregister, sondern einzig und allein auf dem gewerbsmäßigen Betriebe von Handelsgeschäften. Der Firmeneintrag hatte keine irgendwie rechtlich bedeutsame Präsumtionswirkung. Das neue Gesetzbuch sieht von einer einheitlichen Regelung der Frage, welche Bedeutung dem Firmeneintrage für den Erwerb der Kaufmannseigenschaft beizumessen sei, ab und erklärt einerseits in Übereinstimmung mit dem bisherigen Rechte das Erfordernis des Firmeneintrags in bezug auf die im § 1 aufgezählten Grundhandelsgewerbe als unwesentlich für den Kaufmannsbegriff, während es andererseits allen sonstigen Gewerbetreibenden, deren Geschäftsbetrieb die sachlichen Voraussetzungen des § 2 erfüllt, die Kaufmannseigenschaft nur dann zuspricht, wenn ihre Firma in das Handelsregister eingetragen ist. Für diesen Kreis von Personen wird also der Firmeneintrag zu einem wesentlichen Bestandteile des Kaufmannsbegriffs erhoben. Die Aufstellung des formellen Erfordernisses der Eintragung der Firma in das Handelsregister als notwendige Voraussetzung für den Erwerb der Kaufmannseigenschaft seitens eines nicht zu den Mußkaufleuten zählenden Gewerbetreibenden beseitigt noch nicht die Schwierigkeit, welche durch die Unbestimmtheit und Allgemeinheit des Begriffs „gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert", hervorgerufen wird. Soll der Firmeneintrag die notwendige und auch vom Gesetzgeber beabsichtigte Rechtssicherheit schaffen, dann muß durch die Registrierung eines Gewerbetreibenden die Kaufmannseigenschaft unbedingt erzeugt werden. Diese Erkenntnis hat den Gesetzgeber dahin geführt, der Firmeneintragung eine weitgehende und eigenartige rechtserzeugende Wirkung beizulegen. Der § 5 des neuen Gesetzbuchs bestimmt: Jeder eingetragene Gewerbetreibende schlechthin ist Vollkaufmann. Die Firmeneintragung schafft formelle Wahrheit. Dies gilt zugunsten eines jeden, der sich

auf die Eintragung beruft, für und wider den Eingetragenen. Während z. B. nach § 892 BGB. der öffentliche Glaube des Grundbuchs gegenüber jedem versagt, der die Unrichtigkeit einer Grundbucheintragung kennt, kann sich auf die Wahrheit der Firmeneintragung selbst der Schlechtgläubige berufen. Diese formale Bedeutung der Firmeneintragung äußert ihren Einfluß nicht bloß auf die privatrechtlichen Verhältnisse des Eingetragenen zu Dritten, sondern hat auch für das Gebiet des öffentlichen Rechtes weitgehende Wirkungen. Nur da, wo nach deutscher Rechtsanschauung die Erforschung der materiellen Wahrheit eine Notwendigkeit ist, erzeugt der rein äußerliche Umstand, daß die Eintragung erfolgt ist, keine bindende Wirkung. Daher ist der Strafrichter völlig unabhängig von der Tatsache einer bestehenden Eintragung. Hingegen ist auch er unbedingt an die Tatsache des Unterbleibens oder der Löschung eines Firmeneintrags gebunden. Er ist nicht berechtigt, einem nichteingetragenen Gewerbetreibenden lediglich deswegen, weil das gewerbliche Unternehmen den sachlichen Voraussetzungen des § 2 entspricht, die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Vollkaufmanns aufzubürden. Die eigenartige rechtserzeugende Kraft, die der § 5 dem Firmeneintrage beilegt, erstreckt sich sowohl auf Einzelkaufleute, als auch auf die offenen Handelsgesellschaften und die Kommanditgesellschaften. Sie gilt aber nicht für die sog. Form- oder fiktiven Kaufleute (Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaften auf Aktien usw.). Hier muß die Firmeneintragung, wenn alle sonstigen vom Gesetz aufgestellten Essentialien wirklich vorhanden sind, nur noch hinzutreten, um dem gesellschaftlichen Unternehmen den Stempel eines kaufmännischen aufzudrücken. Für diese Klasse von Kaufleuten heilt also die Eintragung nicht einfach alle Mängel, die etwa bezüglich der Voraussetzungen für die Firmeneintragung bestehen. Vgl. HGB. §§ 309—311. Schirrmeister 29 ff.

2. Nach Düringer-Hachenburg I 57 Anm. I (s. auch R. 00 92) begründen die Eintragung der Firma des einzelnen Gewerbetreibenden oder die Eintragung einer Vereinigung von Gewerbetreibenden unter gemeinschaftlicher Firma als offene Handels- oder Kommanditgesellschaft die gesetzliche, durch keinen Gegenbeweis zu zerstörende zweifache Rechtsvermutung (praesumtio juris et de jure),

a) daß das unter der Firma betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe sei und b) daß es das Gewerbe eines Vollkaufmanns sei, ähnlich Makower 20 und Lehmann-Ring I 43 Nr. 2; dagegen meint Staub I 78 Anm. 3, daß die Bedeutung der Vorschrift die sei, daß jemand, dessen Firma eingetragen ist, ohne daß sein Gewerbe ein Handelsgewerbe ist, zwar kein Kaufmann sei, aber doch für die Dauer der Eintragung als Kaufmann gelte, und jemand, dessen Gewerbe ein Minderhandelsgewerbe ist, zwar kein Vollkaufmann sei, aber doch für die Dauer der Eintragung als solcher gelte.

3. Die Frage, ob das Gewerbe eines Eingetragenen als Handelsgewerbe und zwar als Handelsgewerbe eines Vollkaufmanns zu beurteilen ist, muß, wie schon der Wortlaut des § 5 ergibt, ganz unabhängig von der Vorschrift des § 15 beantwortet werden und zwar auch im Verhältnisse zu Dritten. Die rechtliche Qualifikation des Gewerbes als Handelsgewerbes wird durch die Eintragung festgestellt. Diese Qualifizierung ist keine Tatsache i. S. des § 15. Dieser Paragraph ist darauf unanwendbar. Der Dritte, welcher mit einem eingetragenen Kaufmanne kontrahiert, dessen Firma noch nicht registermäßig publiziert ist, kann zwar einwenden, er habe nicht gewußt, daß derselbe überhaupt ein Gewerbe betreibe; er kann aber nicht geltend machen, er habe nicht gewußt, daß das Gewerbe Handelsgewerbe und zwar das eines Vollkaufmanns sei. Wo es sich nicht ausschließlich um die Frage der Qualifizierung des Gewerbes handelt, wo die Eintragung im Handelsregister vielmehr Voraussetzung der Entstehung des

Rechtssubjekts ist (§§ 200, 320² HGB., § 11 Ges. b. G. m. b. H.) greift die Regel des § 15 wieder Platz. Düringer, R. **00** 93.

4. Die Bestimmung des § 5 gilt auch für Eintragungen, die aus der Zeit vor Inkrafttreten des neuen Rechtes stammen. **RG. 50** 154, DJZ. **02** 201, JW. **02** 172.

Die Kaufmannseigenschaft erlischt in allen Fällen mit der vollständigen Aufgabe des Gewerbebetriebs, auch wenn die Firma noch nicht gelöscht ist. Bei den Kaufleuten kraft Eintragung erlischt die Kaufmannseigenschaft überdies mit der Löschung der Firma.

Für die Tatfrage der Geschäftsaufgabe oder der Löschung der Firma greift die Regel des § 15 ein; für die Rechtsfrage der Qualifikation des Gewerbes ist nach § 5 die Eintragung maßgebend. Düringer a. a. O.

5. Die Bestimmung des § 5 kann nicht nur von Dritten, die mit einer eingetragenen Firma in ein Vertragsverhältnis getreten sind, sondern im Falle der Eintragung einer Gesellschaft auch von den einzelnen Gesellschaftern in ihrem Verhältnisse zueinander angerufen werden. **RG.** DJZ. **02** 201, **RG. 50** 154, JW. **02** 172, CBlFrG. **2** 838.

6. Ein Kaufmann muß die von ihm veranlaßte, in vorschriftsmäßiger Weise bekannt gemachte Eintragung einer Zweigniederlassung ins Handelsregister auch dann gegen sich gelten lassen, wenn die Eintragung dem wirklichen Sachverhalte nicht entspricht. **RG.** JW. **02** 219, auch R. **02** 268; **RG. 50** 428, DJZ. **02** 536, CBlFrG. **2** 838. Ebenso auch SächsOLG. **16** 449.

7. Hat sich jemand im Verkehr als Kaufmann geriert, ein konzessionspflichtiges Gewerbe unter der Bezeichnung als Kaufmann angemeldet, in Prozesse gegen seine Benennung „Restaurateur" protestiert, weil er Kaufmann sei, so kann er dem Anspruch aus mündlichem Bürgschaftsversprechen nicht den Einwand, er sei Minderkaufmann, entgegenstellen, da dies wider Treu und Glauben verstoßen würde. LG. I Berlin, R. **02** 535.

**§ 6.** Die Firma einer Gesellschaft ist ihr Handelsname. Ein vertretungsberechtigter Gesellschafter zeichnet die Firma rechtsgültig, wenn er sich lediglich dieses Handelsnamens bedient, auch ohne seinen bürgerlichen Namen hinzuzusetzen. OLG. **2** 279 (KG.).

## Zweiter Abschnitt.

## Handelsregister.

Literatur: Denzler, Stellung der Filiale, Zürich 1902. — Ritter, Die Allgemeinen Lehren des Handelsrechts, Berlin 1900.

**§ 8.** 1. Nach Staub I 85 Anm. 6 zum Exkurs zu § 8 ist die Eintragung von Vormerkungen nach Art der Vormerkungen des Grundbuchs für das Handelsregister ausgeschlossen. A. A. Makower 20.

2. Der Kreis der einer Eintragung fähigen Verhältnisse ist gesetzlich beschränkt. Werden nicht eintragungsfähige Tatsachen dennoch eingetragen, so äußern diese Eintragungen keine registerrechtlichen Wirkungen. Solche Verhältnisse indes, die nach altem Rechte eintragungsfähig waren und eingetragen sind, z. B. Handelsvollmachten, äußern die nach altem Rechte bestimmten Wirkungen auch unter neuem Rechte weiter. Ritter 79.

Das Handelsregister hat nicht den Zweck, über Art und Umfang des Gewerbebetriebs Auskunft zu geben; es bezeugt nur, daß der Inhaber der Firma Kaufmann ist und unter welcher Firma er sein Geschäft betreibt. Auch regelt die Eintragung nur die zivilrechtlichen Verhältnisse; die öffentlich-rechtliche Frage, ob und inwieweit jemand zu einem Gewerbebetriebe berechtigt ist oder ob ein

Gewerbebetrieb polizeilich erlaubt ist, wird durch den Eintrag im Register nicht berührt. LG. Gera, ThürBl. **47** 141.

3. Gegen die richterliche Eintragungsverfügung findet keine Beschwerde des durch die Eintragung in seinen Rechten Verletzten statt. Ritter 80. Anders LG. Saarbrücken, CBlFrG. **2** 740.

4. Das Handelsregister hat die tatsächliche Vermutung der Richtigkeit für sich. Ritter 82.

5. Die Umwandlung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine Aktiengesellschaft darf bei Gesetzwidrigkeit auch nur einer einzelnen Bestimmung der Satzung nicht eingetragen werden. Enthält der Beschluß der Generalversammlung eine Gesetzwidrigkeit, so steht es dem Registerrichter nicht zu, die gesetzwidrige Bestimmung zu streichen und den übrigen Teil des Beschlusses einzutragen; denn damit würde er den Inhalt des Beschlusses ändern und würde die Rechte der Aktionäre anders bestimmen, als in der Satzung geschehen ist. BayrObLG. **1** 508, SeuffA. **56** Nr. 182, 321.

**§ 9.** 1. Auch Erteilung von Abschriften gerichtlicher, in den Handelsregisterakten getroffener Verfügungen kann gemäß § 34 FrGG. jedem insoweit bewilligt werden, als er ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht. OLG. **2** 396, SächsA. **12** 571 (KG.).

2. Stellt das Registergericht eine Bescheinigung über eine Vertretungsbefugnis aus, so wird der Nachweis dieser Befugnis an sich nur für den Zeitpunkt der Ausstellung des Zeugnisses geführt; über die Beweiskraft älterer Zeugnisse ist unter Berücksichtigung der Umstände des Falles zu befinden. KGJ. **20** A 179, OLG. **1** 193, CBlFrG. **1** 195, Goldschmidts Z. **51** 227, RJA. **1** 77. (KG.)

3. Die positive Bescheinigung über die Vertretungsbefugnis der Vorstände von Aktiengesellschaften und der gesetzlichen Vertreter sonstiger Handelsgesellschaften gemäß § 33 GBO. kann auch durch Bezugnahme auf das Handelsregister ersetzt werden, sofern das Grundbuchamt zugleich das Registergericht ist, ferner auch durch eine beglaubigte Abschrift des betreffenden Registerinhalts. OLG. **4** 464, CBlFrG. **3** 85, 130, R. **02** 399 (KG.).

4. Der Registerrichter genügt seiner Zeugnispflicht, wenn er in amtlicher Form den wörtlichen Inhalt der Eintragung ins Handelsregister bezeugt. Eine Bescheinigung, welche über den Rahmen eines bloßen Zeugnisses hinausgeht, welche etwa eine Beurteilung der Eintragung und Schlußfolgerung aus dieser erheischte, braucht er nicht zu geben. RJA. **1** 150, CBlFrG. **1** 576, ThürBl. **48** 394 (KG.). LG. Berlin, R. **01** 362.

5. Die einer Eintragung ins Handelsregister zugrunde liegende Erklärung stellt, auch wenn sie zu Protokoll des Gerichtsschreibers abgegeben ist, ein „zum Handelsregister eingereichtes Schriftstück" dar. OLG. **2** 310 (KG.), auch CBl. FrG. **2** 50, auch RJA. **2** 70, SächsA. **12** 571, KGJ. **22** A 89, ThürBl. **49** B 47.

**§ 11.** 1. Düringer-Hachenburg I 68 Anm. I heben hervor, daß die Bezeichnung der Blätter ihrem Zwecke entsprechend in einer für das große Publikum erkennbaren Weise (durch Einrückung im Reichsanzeiger oder im amtlichen Blatte des Bezirks) zu erfolgen hat; ebenso Staub I 91 Anm. 2, nach welchem die Publikation im Reichsanzeiger oder in einem gelesenen Blatte des Bezirks stattfinden soll.

Dagegen Goldmannn I 46 Anm. 2, welcher meint, daß diese Ansichten im Gesetze keine Stütze finden.

2. Das Registergericht hat nur die öffentlichen Blätter zu bezeichnen. Daß das Registergericht auch die öffentlichen Blätter bekannt zu machen hat, liegt darin nicht. Dies bestätigt auch die Allgemeine Verfügung des preußischen

Justizministers vom 4. Dezember 1900 (JMBl. 642). Die Bekanntmachung der öffentlichen Blätter erfolgt danach vom Reichs-Justizamte. Geht eines der vom Registergerichte bezeichneten Blätter im Laufe des Jahres ein, so wird an dessen Stelle ein neues Blatt für die Bekanntmachungen der Eintragungen in das Handelsregister auszuwählen sein. Dieses neue Blatt wird das Registergericht zu publizieren haben, vorausgesetzt, daß die Neuwahl nicht kurz vor dem Dezember erforderlich wird. Cohn, Holdheims MSchr. **10** 32.

3. Gegen die herrschende Meinung erklärt Makower die Bestimmungen dieses Paragraphen für eine bloße Ordnungsvorschrift.

**§ 12.** 1. Die Frage, ob bei Personen, welche infolge von Blindheit nicht in der Lage sind, die Firma zeichnen zu können, von dem Erfordernisse der Unterschriftszeichnung Abstand zu nehmen sei, wird von Staub Anm. 3 bejaht; von Goldmann I 49 Anm. 2 I mit Rücksicht auf § 169 FrG. verneint. Die Erklärungen dieser Personen sind in der in dem genannten Paragraphen vorgeschriebenen Weise zu bewirken.

2. Unter dem Gerichte, vor welchem die Anmeldung erklärt werden muß, ist dasjenige Gericht zu verstehen, bei welchem die Eintragung zu erfolgen hat, also das Registergericht. Anmeldungen können aber auch bei dem von dem Registergericht um die Entgegennahme der Anmeldung ersuchten Gerichte bewirkt werden. OLG. München, CBlFrG. **2** 12, R. **01** 410, SächsA. **12** 571.

3. Betagte oder bedingte Anmeldungen zum Handelsregister sind unzulässig. LG. Berlin, R. **01** 101.

4. Die Firma Meyer-Frères kann von den Inhabern nicht als Firma „Gebrüder Meyer" angemeldet werden, da es auf den Wortlaut und nicht auf die Bedeutung der Worte ankommt. Ist nun die Firma „Gebrüder Meyer" eingetragen, so genügen die Inhaber ihrer Pflicht zur Anmeldung ihrer wirklichen Firma nicht dadurch, daß sie eine „Berichtigung" der stattgefundenen Eintragung verlangen; es muß vielmehr eine dem Gesetz entsprechende Anmeldung der wirklich geführten Firma erfolgen. OLG. **5** 273, R. **02** 440 (Colmar).

5. Gegenüber der nach § 139 Abs. 1 FrG. zulässigen sofortigen Beschwerde gegen eine Ordnungsstrafe nach § 133 das. ist nicht zu prüfen, ob der Beschwerdeführer die Anmeldungspflicht aus §§ 12, 29 HGB. in ordnungsmäßiger Form (d. i. mit Zeichnung der Firma) erfüllt habe — diese Prüfung ist vielmehr im Einspruchsverfahren vorzunehmen —, sondern die Strafe ist selbst, wenn die gesetzliche Pflicht erfüllt wäre, nach § 139 FrG. unanfechtbar, die Beschwerde aber zu verwerfen, wenn nur die formellen Voraussetzungen des Strafausspruchs (Strafandrohung, Zustellung, fruchtloser Fristablauf) gegeben sind. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **02** 346.

6. Die hier vorgesehene Vollmacht zur Anmeldung muß eine Spezialvollmacht sein in den Fällen, in welchen das Gesetz die Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter bei der Anmeldung vorschreibt (§§ 108, $125^4$, 142, 148 HGB.). AG. Berlin, KGBl. **14** 86.

7. Die von einem Kaufmanne bei Gericht einzureichende Zeichnung seiner Unterschrift muß besonders beglaubigt werden. Es genügt insbesondere nicht, daß bei Gelegenheit der Anmeldung der Firma die Zeichnung ohne besondere Beglaubigung eingereicht wird, selbst wenn Anmeldung und Zeichnung in einem Schriftstück enthalten sind. **RG. 54** 168, BankA. **3** 30, CBlFrG. **3** 795, BadRpr. **03** 189, JW. **03** 183; ebenso SächsOLG. **22** 157. A. A. RJA. **3** 192, CBlFrG. **3** 677 (KG.).

**§ 13.** 1. Begriff der Zweigniederlassung.

a) Eine Zweigniederlassung liegt nur da vor, wo überhaupt eine Niederlassung des Kaufmanns besteht, d. h., wo der Kaufmann einen Mittelpunkt

wenigstens für einen gewissen Kreis seiner geschäftlichen Beziehungen und demgemäß ein Etablissement geschaffen hat, das dem Hauptgeschäfte gegenüber eine gewisse Selbständigkeit besitzt dergestalt, daß es an sich auch Hauptgeschäft sein könnte. Merkmale dieser Selbständigkeit sind der Abschluß eigener, nicht bloß als Vorbereitungs-, Vermittelungs- oder Ausführungsgeschäfte zu erachtender Geschäfte, eine äußerlich selbständige Leitung, ein intern gesondertes Geschäftsvermögen, eine besondere Buchführung. OLG. 2 198 (KG.), KGJ. **18** A 17, SeuffA. **55** 40, DJZ. **99** 444, KGBl. **8** 81; vgl. auch OLG. **5** 223 (KG.).

b) Notwendig ist, daß das Geschäft an einem anderen Orte als dem der Hauptniederlassung betrieben wird und daß die Handelsgeschäfte, welche den Zweck der Hauptniederlassung bilden, vom Orte der Zweigniederlassung aus unmittelbar und selbständig abgeschlossen werden, so daß sich der abgezweigte Geschäftsbetrieb als ein dauernder darstellt. OLG. Rostock, MecklZ. **19** 93, OLG. **2** 92, SächsA. **12** 571; ebenso OLG. Dresden, SeuffA. **55** 165, SächsOLG. **20** 422.

c) Zum Begriffe der für die Zweigniederlassung erforderlichen Selbständigkeit gehört, daß der Leiter der Niederlassung nicht nur Geschäftsvermittler ist, sondern befugt ist, nach außen selbständig aufzutreten, wenn auch nicht gerade in unbeschränktem Umfange. Der Betrieb einer Zweigniederlassung muß so organisiert sein, daß diese im Falle der Aufhebung der Hauptniederlassung in der Eigenschaft der letzteren weiter bestehen könnte. LG. Mainz, HessRspr. **1** 44.

d) Die Zweigniederlassung ist eine Geschäftsstelle, welche den Mittelpunkt eines für sich abgesonderten Handelsbetriebs bildet. Ihre Beziehungen zur Hauptniederlassung, die sich aus der Person des gemeinschaftlichen Prinzipals ergeben, dürfen keine solche sein, daß die Geschäftsstelle ohne das Hauptgeschäft nicht bestehen könnte. Dies aber ist insbesondere der Fall, wenn sie lediglich den Abschluß von Verträgen für die Hauptniederlassung vermittelt und wenn sie nur solche Waren veräußert, die ihr von der Hauptniederlassung zur Verfügung gestellt werden. SächsOLG. **21** 81; vgl. das. **18** 146; OLG. **2** 91 (Dresden); OLG. **2** 92 (Rostock); auch MecklZ. **19** 93.

2. Verhältnis der Zweigniederlassung zur Hauptniederlassung.

Der Registerrichter der Zweigniederlassung hat die Pflicht, die Zulässigkeit einer Eintragung selbständig zu prüfen, auch wenn bei dem Gerichte der Hauptniederlassung die Eintragung bereits erfolgt ist. Gegebenenfalles hat er die Löschung bei diesem Gericht anzuregen. OLG. **4** 450, KGJ. **23** A 89, MecklZ. **21** 138, ThürBl. **50** 7, CBlFrG. **2** 777, R. **02** 177 (KG.).

Doch ist die Eintragung der Firma bei dem Gerichte der Zweigniederlassung nicht von dem Nachweise vorgängiger Eintragung der Zweigniederlassung bei dem Gerichte der Hauptniederlassung abhängig. KGJ. **20** A 36, R. **00** 377, OLG. **1** 486, Gruchots Beitr. **51** 230 (KG.).

Veränderungen, die sich in den Rechtsverhältnissen der Hauptniederlassung zugetragen haben, ergreifen auch die Zweigniederlassung und sind für diese maßgebend, gleichviel ob sie im Handelsregister der Zweigniederlassung eingetragen sind oder nicht. LG. Altona, R. **01** 495, CBlFrG. **2** 454, Holdheims MSchr. **10** 178.

3. Anmeldung der Zweigniederlassung.

a) Die Anmeldungen, Einreichungen und Eintragungen sind in gleicher Weise wie bei dem Gerichte der Hauptniederlassung zu bewirken. Lehmann-Ring I 61 Anm. 7a nimmt an, daß der Grundsatz nur Registerakte betrifft, die sich unmittelbar auf die Hauptniederlassung beziehen und auch hier nur solche, die für die Zweigniederlassung von Belang sind.

b) Bei der Eintragung der Zweigniederlassung muß die Eintragung der

Hauptniederlassung nachgewiesen werden. Eine Anmeldung der Zweigniederlassung bei dem Gerichte der Hauptniederlassung ist gesetzlich nicht geboten. Das Gericht der Zweigniederlassung hat von Amts wegen die erfolgte Eintragung dem Gerichte der Hauptniederlassung behufs Eintragung mitzuteilen. § 131 RFrG. KGJ. **20** A 36, OLG. **1** 486 (KG.). Staub I 94 Anm. 5 will von der Vorschrift des Abs. 2 alle diejenigen registerpflichtigen Tatsachen ausnehmen, welche ausschließlich die Zweigniederlassung betreffen, z. B. Anstellung eines Prokuristen gemäß § 56 Abs. 3 für die Zweigniederlassung. Ebenso Düringer-Hachenburg I 71 Anm. III, a. A. Goldmann I 53 Anm. 2 II 2.

Registereinträge, die nur die Rechtsverhältnisse der Zweigniederlassung betreffen, sind nicht etwa zunächst beim Gerichte der Hauptniederlassung zu bewirken. Der § 131 FrGG. setzt für die wichtigsten Angelegenheiten (Errichtung der Zweigniederlassung und Aufhebung) sogar das Gegenteil voraus. **RG.** JW. **02** 545, DJZ. **02** 546, Goldschmidts Z. **53** 184.

c) Hinsichtlich der Anmeldung von Rechtsverhältnissen einer Zweigniederlassung kennt das Gesetz schlechthin nur eine Pflicht, auch wenn bezüglich der Hauptniederlassung bloß ein Recht zur Anmeldung besteht. Denzler 127.

4. Wenn sich der Inhaber einer Filiale dem Inhaber des Hauptgeschäfts gegenüber verpflichtet, die Filiale unter eigener Firma zu betreiben und als selbständiges Handelsgewerbe anzumelden, die Anmeldung aber nicht bewirkt, so ist die Filiale als Zweigniederlassung des Hauptgeschäfts und dessen Inhaber als Inhaber der Filiale anzusehen. LG. Dresden, OLG. **5** 239, SächsA. **12** 571.

5. Zweigniederlassungen einer Aktiengesellschaft.

a) Die Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft kann durch einen Zusatz zu der von der Aktiengesellschaft geführten Firma kenntlich gemacht werden (Filiale der B. Wechslerbank). Auf diese besondere Firma der Zweigniederlassung kann eine Hypothek eingetragen werden. OLG. **2** 198 (KG.). Vgl. KGJ. **20** A 36 (KG.).

b) Die Firma der Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft muß, auch wenn für die Hauptniederlassung dies zur Zeit der Errichtung nicht erforderlich war den Zusatz „Aktiengesellschaft" haben. Sie darf andere Zusätze nur soweit enthalten, als diese den Charakter als Zweigniederlassung zum Ausdrucke bringen. BadRpr. **01** 208, CBlFrG. **2** 358.

c) Ein besonderer Vorstand für die Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft kann nicht bestellt werden. KGJ. **20** A 69 (KG.), desgl. OLG. **1** 188 (Hamburg).

d) Die Eintragung der Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft darf nicht von einer die Prokuren betreffenden Eintragung in das Handelsregister abhängig gemacht werden. OLG. **6** 1, R. **03** 161, ZAktWes. **10** 112 (KG.).

6. Die Firma der Zweigniederlassung.

Die Firma der Zweigniederlassung braucht mit derjenigen der Hauptniederlassung nicht identisch zu sein. Goldmann I 53 Anm. 4; Opet, Goldschmidts Z. **49** 99; Cosack 74.

Eine Abweichung der Firma der Zweigniederlassung von der Hauptfirma ist jedoch nur insoweit zulässig, als ihr ein Zusatz hinzugefügt wird, der die Eigenschaft des Geschäfts als eine Zweigniederlassung sowie seine örtlichen Beziehungen zum Ausdrucke bringt. SächsOLG. **22** 155, SächsA. **12** 571 (Dresden).

Auch bei der Veräußerung einer Zweigniederlassung kann das Recht der Fortführung der Firma eingeräumt werden. BayrObLG., KGJ. **23** D 14, Goldschmidts Z. **53** 182.

7. a) Ein Sägewerk ist, auch bei Verkauf von einzelnen Brettern, an Ort und Stelle keine Handelsniederlassung. **RG.** JW. **97** 381 Nr. 1.

b) Die Stelle, an welcher eine Gasanstalt (Aktiengesellschaft) außerhalb ihres Sitzes Gas aus seitens der Zentrale entsandten Rohstoffen herstellen und an Konsumenten nach fester Anweisung abgeben läßt, ist regelmäßig keine eintragungsfähige Zweigniederlassung der Gesellschaft. KGJ. **22** A 91 (KG.), SächsA. **12** 571, OLG. **2** 91, SächsOLG. **22** 152; OLG. **2** 92 (Rostock), MecklZ. **19** 93.

c) Die Filialeigenschaft ist zu verneinen für Eisenbahnstationen. Denzler 60.

d) Zu bejahen für Generalagenturen und Subdirektionen. Denzler 85.

8. Die Eintragung der in der Schweiz befindlichen Filiale einer deutschen G. m. b. H. in ein schweizerisches Handelsregister ist zulässig. Bundesratsbeschl. v. 16. 6. 02, Holdheims MSchr. **11** 250.

**§ 14.** 1. Durch § 14 ist das Registergericht nicht behindert, zunächst von der Einleitung des Ordnungsstrafverfahrens abzusehen und die Herbeiführung der Anmeldung auf einem anderen Wege zu versuchen. Es steht insbesondere nichts entgegen, daß das Registergericht die Beteiligten vernimmt. Diese Vernehmung kann auch gemäß § 2 RFrGG. im Wege des Ersuchens durch ein anderes Gericht erfolgen. OLG. München, CBlFrG. **2** 12.

2. Ist gegen mehrere Personen eine Ordnungsstrafe wegen Nichtanmeldung zum Handelsregister verhängt, so nützt die von einer derselben erfolgreich eingelegte Beschwerde nicht den anderen. BayrObLG., SeuffA. **56** 271.

3. Der Beschwerderichter kann nicht außerhalb des Verfahrens nach §§ 132 ff. FrGG. anordnen, daß ein gewerblicher Unternehmer seine Eintragung im Handelsregister herbeizuführen habe. OLG. **1** 356 (KG.).

4. Das Ordnungsstrafverfahren hat sich gegen die sämtlichen Mitglieder des Vorstandes der jur. Person zu richten. OLG. **4** 463 (KG.).

5. Unzulässig ist das Ordnungsstrafverfahren gegen eine Aktiengesellschaft als solche. OLG. **4** 463 (KG.).

**§ 15.** Abs. 1. 1. Die Vorschrift hat nur den Schutz des gutgläubigen Dritten im Auge. Es steht dem Dritten frei, sich auf den Standpunkt der Wirklichkeit, nicht der sich aus dem Handelsregister ergebenden Rechtslage, zu stellen, also sich so zu verhalten, wie wenn die einzutragende und nicht eingetragene Tatsache eingetragen wäre. Ritter 83.

2. Nach Staub I 88 Anm. 15 zu § 8 liefert die Eintragung in das Handelsregister volle Beweiskraft über die angegebene Tatsache. Dagegen Lehmann-Ring I 66 Nr. 4. Die Existenz der eingetragenen Tatsachen wird durch den Eintrag nicht bewiesen; vielmehr beweist der Eintrag nur die Abgabe der Erklärung, daß jene Tatsachen eingetreten seien.

3. Die Vorschrift des § 15 Abs. 1 ist auf den Fall des § 25 unanwendbar; denn sie betrifft nur Fälle, in denen das HGB. die Eintragung einer Tatsache in das Handelsregister und ihre Bekanntmachung den Beteiligten vorschreibt, davon ist aber im § 25 nicht die Rede. **RG.** JW. **03** 401.

4. Streitig ist die Anwendbarkeit des § 15 auf den Fall, daß die Kenntnis eines Dritten von der einzutragenden Tatsache für sein Verhalten keine Bedeutung besitzt.

Das bekannte Beispiel der Denkschrift II 31 hierfür bildet die Frage, ob ein aus einer offenen Handelsgesellschaft bereits ausgeschiedener Gesellschafter für einen durch die scheu werdenden Pferde des Geschäftswagens der Gesellschaft angerichteten Schaden einem Dritten gegenüber haftet, wenn ersterer zur Zeit des Unfalls noch als Gesellschafter im Handelsregister eingetragen ist. Cosack 46 nimmt dies an, wenn der betreffende Dritte den Austritt des Gesellschafters nicht kannte.

5. Die Wirkung des § 15 tritt dann erst ein, wenn infolge eines Versehens des Registerrichters etwas eingetragen wird, was mit der Anmeldung nicht überein=

stimmt. Es folgt dies aus der beurkundenden Funktion des Handelsregisters. Makower § 15 III Anm. 1.

6. Auch wenn die Errichtung einer Handelsgesellschaft nicht eingetragen ist, kann ihre Auflösung Dritten nur gemäß §§ 15, 143 entgegengesetzt werden. KGBl. **12** 100 (KG.).

7. Führen Erben das ererbte Geschäft, dessen Firma nicht eingetragen ist, weiter, so haften sie ohne Rücksicht auf das zwischen ihnen bestehende Verhältnis wie offene Handelsgesellschafter und müssen die Rechtshandlungen des von ihnen mit der Leitung des Geschäfts betrauten Miterben gegen sich in demselben Umfange gelten lassen, wie die eines zur Vertretung der offenen Handelsgesellschaft berechtigten Gesellschafters. SächsOLG. **24** 133 (Dresden).

8. Eine vor dem 1. 1. 00 unzulässigerweise als offene Handelsgesellschaft eingetragene Vereinigung zweier Bauunternehmer zum Betrieb einer Ziegelei ist mit dem Eintritte des neuen Rechtes nach § 15 Dritten gegenüber wie auch in den Beziehungen der Gesellschafter untereinander als Handelsgesellschaft anzusehen. **RG.** DJZ. **02** 201, CBlFrG. **2** 838.

Abs. 2. 1. Eine „einzutragende" Tatsache (z. B. Widerruf der Prokura) liegt dann nicht vor, wenn sie nicht eingetragen werden kann, bevor eine andere Tatsache (Erteilung der Prokura) eingetragen ist, und die Eintragung dieser Tatsache nicht erfolgt ist. Ritter 83.

Die Eintragung unwahrer Tatsachen äußert die Wirkungen des § 15 Abs. 2 nicht. Ritter 84.

2. Minderkaufleute, die sich einer den Anschein des Bestehens einer offenen Handelsgesellschaft erweckenden Firma bedienen, haften aus den von der (nicht eingetragenen) Firma geschlossenen Geschäften, wenn sie nicht nachweisen, daß sie zur Zeit des Abschlusses der Geschäfte der Vereinigung nicht mehr angehörten, und dem Gegner dies bekannt war. OLG. **6** 26 (Breslau), ZAktWes. **10** 184; vgl. auch KGBl. **14** 59 (KG.)., R. **03** 459.

Abs. 3. Ist eine Zweigniederlassung eingetragen, so ist deren Inhaber, wenn er beim Gerichte der Zweigniederlassung aus einem auf diese bezüglichen Geschäfte belangt wird, nicht mit dem Einwande zu hören, daß von der Zweigniederlassung aus unmittelbar keine Geschäfte geschlossen würden. **RG.** **50** 428.

## Dritter Abschnitt.

## Handelsfirma.

Vorbemerkung: Lebhaft hat Rechtslehre und Judikatur die Frage nach der Stellung der Firma im Grundbuchverkehre beschäftigt. Trotz wichtiger Stimmen auf der Gegenseite darf man als die herrschende Ansicht heute wohl schon diejenige bezeichnen, welche erklärt, daß sowohl die Eintragung einer Hypothek für den Einzelkaufmann wie seine Eintragung als Eigentümer im Grundbuche nur unter seinem bürgerlichen Namen, nicht unter seiner Firma zulässig ist (§ 17 Abs. 1 Nr. 8).

Sehr eingehend sind auch die Fragen über die Stellung der Firma im Prozesse behandelt worden, insbesondere von Staub und Göppert. Das RG. hat die Fragen beantwortet, wer als Beklagter und wer als Verurteilter anzusehen ist, wenn die Klage gegen eine Firma gerichtet ist (§ 17 Abs. II Nr. 1, 2).

Eine reiche Judikatur hat § 18 gezeitigt. Speziell liegen zahlreiche Entscheidungen darüber vor, welche Zusätze zur Firma zulässig und welche unzulässig sind. Im allgemeinen zeigen die Entscheidungen die Tendenz, das Recht des Kaufmanns auf freie Wahl seiner Firma nur soweit, als dringend geboten ist, einzuengen.

Vorwiegend theoretische Erörterungen hat „die Vererbung eines Handelsgeschäfts" (§ 27) erfahren.

Der Begriff des „deutlichen Unterschieds" im Sinne des § 30 ist durch eine Reihe Entscheidungen geklärt worden, welche für Spezialfälle das Vorliegen oder Nichtvorliegen ausreichender Unterscheidungsmerkmale festzustellen hatten.

Ein wissenschaftlicher Streit hat sich darüber entsponnen, ob die im § 36 bezeichneten Personen des öffentlichen Rechtes, wenn sie ihre Firma einmal ins Handelsregister haben eintragen lassen, auch verpflichtet sind, sie so lange darin stehen zu lassen, bis die Löschung nach allgemeinen Grundsätzen erfolgen kann. Die Praxis hat in dieser Frage wenig Neues gefördert, sondern sich im wesentlichen den Ausführungen der Theorie angeschlossen. Als herrschend kann bis jetzt keine der beiden vorhandenen Meinungen bezeichnet werden.

Übereinstimmend haben verschiedene höhere Gerichtshöfe festgestellt, daß Voraussetzung der Klage des § 37 Abs. 2 Verletzung eines bestimmten gesetzlich anerkannten Privatrechts ist.

Literatur: Bolte, Der § 27 des neuen HGB., Goldschmidts Z. 51 413. — Denzler, Stellung der Filiale, Zürich 1902. — Goldmann, Haftung des Erben, der ein zum Nachlasse gehöriges Geschäft fortführt, für die früheren Geschäftsschulden, in der Festgabe für Wilke, Berlin 1900. — Göppert, Bemerkungen zu § 17 Abs. 1 des neuen HGB., Goldschmidts Z. 47 267. — Olshausen, Das Verhältnis des Namenrechts zum Firmenrechte, Berlin 1900. — Opet, Beiträge zum Firmenrechte, Goldschmidts Z. 49 51. — Riesenfeld, Firmenschutz und Eingemeindung in gewerblichem Rechtsschutz und Urheberrecht Bd. III. — Ritter, Allgemeine Lehren des Handelsrechts, Berlin 1900. — Stegemann, Die Vererbung eines Handelsgeschäfts, Leipzig 1903.

**§ 17.** 1. Über die rechtliche Natur des Firmenrechts, Olshausen 94—106. Nachdem die verschiedenen Theorien und besonders diejenige, welche in dem Firmenrecht ein Persönlichkeitsrecht erblickt (99—103), betrachtet worden sind, gelangt Olshausen zu folgendem Ergebnisse: Das Firmenrecht ist ein absolutes Privatrecht, dessen Objekt ein unkörperlicher Gegenstand, nämlich die Firma, bildet. Mit den Immaterialgüterrechten stimmt es darin überein, daß sein Gegenstand ebenfalls durch ein der sinnlichen Wahrnehmung unzugängliches Objekt gebildet wird, unterscheidet sich aber von diesen wieder dadurch, daß die Firma nicht ein selbständiges, durch Geistestätigkeit geschaffenes Gut ist, vielmehr ein Bezeichnungsmittel, das für sich allein eigene Wertqualität nicht besitzt (104).

Das Firmenrecht ist seinem Grundcharakter nach eine Art des Namenrechts, was sich auch jetzt noch darin zeigt, daß das Firmenrecht infolge der engen Verbindung mit der Person seines Trägers nur mit Einwilligung des Firmeninhabers veräußert werden kann, mit der Zeit jedoch hat es einen stark vermögensrechtlichen Charakter in sich aufgenommen, und indem nach und nach di einzelne Persönlichkeit bei dem Firmenrechte hinter dem Geschäft und seinen Bee ziehungen zurücktrat, war es möglich, daß das Gesetz eine Übertragung und Vererbung des Firmenrechts zuließ, während dies beim Namenrechte nicht geschehen konnte, da der Name allein die Aufgabe hat, die einzelne Persönlichkeit von anderen zu unterscheiden (107).

2. Die Grundsätze, nach denen die Berechtigung zur Führung einer bestimmten Firma beurteilt werden soll, sind im HGB. erschöpfend festgestellt, und zwar nicht bloß vom handelsrechtlichen, sondern auch vom handelspolizeilichen Standpunkt aus, d. h. in der Richtung, daß Schädigungen dritter Personen durch Wahl der Firma vermieden werden. SächsOVG. I 295 (Dresden).

3. Das Recht zur Firmenführung erwirbt der Firmenfähige durch die Annahme der Firma, nicht erst durch die Eintragung. Krückmann, Institutionen d. BGB. 80. Die Annahme kann dadurch geschehen, daß die Firma zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet wird; eine Eintragung im Register ohne Antrag und Willen des betreffenden Kaufmanns begründet keine Annahme und damit keine Firma. Opet 51 ff.

2*

4. Der Gebrauch einer fremden Sprache bei Bezeichnung der Firma ist zulässig, dagegen nicht der Gebrauch stenographischer Zeichen, da diese nur einem kleinen Kreise verständlich sind. Opet 62 Anm. 23.

Nach Staub I 120 Anm. 14 zu § 18 müssen die zur Firma willkürlich gemachten Zusätze mindestens in einer durch erreichbare Dolmetscher übertragbaren Sprache abgefaßt sein. Die Führung eines nichtdeutschen Namens (Meyer Frères) als Firma ist weder nach früherem noch heutigem HGB. verboten. OLG. **5** 273 (Colmar), R. **02** 440, ElsLothrJZ. **28** 19.

5. Der Gebrauch mehrerer Firmen nebeneinander ist dann zulässig, wenn ein Geschäftsinhaber ein verschiedene Branchen umfassendes Geschäft betreibt, deren Aufzählung in einer einzigen Firma den Firmenumfang unangemessen überschreiten würde. Opet 63, Staub I 210 Anm. 3.

6. Wer sich einer Firma im Rechtsverkehre bedient und unter dieser Geschäfte abschließt, erklärt Dritten damit, daß die Inhaber der Firma wie Kaufleute haften wollen, ganz abgesehen davon, ob die Firma ins Handelsregister eingetragen ist oder nicht. RG. SächsA. **13** 350.

7. Läuft die eingetragene Firma gesetzlichen Bestimmungen zuwider und steht deshalb der Polizeibehörde die Befugnis zu, den Gebrauch der Firma zu verbieten, so muß das Firmenrecht gegenüber dem Rechte der Polizei zur Wahrung der öffentlichen Ordnung zurückstehen. PrOVG., DJZ **03** 406.

8. Die Firma im Grundbuchverkehre.

a) Die Regel, daß der Kaufmann sich bei allen zu seinem Handelsgewerbe gehörenden Geschäften der Firma als seines Namens bedienen darf, erleidet nur insofern eine Ausnahme, als aus öffentlich-rechtlichen Gründen die Offenlegung des bürgerlichen Namens erforderlich ist. Daher ist der Gebrauch der Firma bei Eintragungen in öffentlichen Büchern, wie im Grundbuch ausgeschlossen. Es ist sowohl die Eintragung einer Hypothek für den Einzelkaufmann, wie seine Eintragung als Eigentümer im Grundbuche nur unter seinem bürgerlichen Namen, nicht unter seiner Firma zulässig. Abgesehen von der Natur des Grundbuchwesens, welche erfordert, daß der wahre Eigentümer für jedermann erkennbar ist, dient als argumentum für diese Ansicht der § 33 GBO., welcher nur von Eintragungen, die Handelsgesellschaften betreffen, spricht, aber nichts darüber sagt, wie bei etwaigen Eintragungen von Einzelfirmen zu verfahren sei. (KG.) KGJ. **26**. A 135, Bankarchiv **2** 126, Holdheims MSchr. **12** 123; LG. Darmstadt, HessRspr. **4** 44; LG. II Berlin, KGBl. **11** 88, CBlFrG. **1** 554, Goeken, R. **03** 453; Olshausen 78/79; OLG. **6** 504 (KG.). Turnau-Förster § 1115 Anm. 1a; Achilles-Strecker, GBO. 189; Planck, BGB. § 1115 Note 2a; Staub, HGB. § 17 Anm. 3; Lehmann-Ring, HGB. § 17 Note 8a; Oberneck, GBO. 57; OLG. Jena, ThürBl. **49** 177, R. **02** 512, RJA. **3** 196. A. A., gestützt auf § 1115 BGB., Fuchs, GrBR. I 395; Böhm § 1156 Note 2; Goldmann, HGB. 69/70; Düringer-Hachenburg, HGB. 101/102; OLG. **5** 254 (Colmar) und R. **02** 533, CBlFrG. **3** 255, Puchelts Z. **33** 614, Loewenthal, Firmenrecht 61/62.

b) Ist als Eigentümerin eines Grundstücks eine offene Handelsgesellschaft eingetragen, so steht diese Eintragung nicht einer Eintragung der einzelnen Gesellschafter als Miteigentümer zur gesamten Hand gleich, und es ist unzulässig, im Wege der Grundbuchberichtigung die Gesellschafter als Eigentümer zu vermerken, auch wenn die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst ist. OLG. **6** 260 (KG.).

c) Die Gesellschaft zeichnet auch im Grundbuchverkehre mit ihrer Firma, daneben bedarf es nicht der Zeichnung des bürgerlichen Namens des vertretenden Gesellschafters. OLG. **2** 279 (KG.), SächsA **12** 572.

Abs. 2. Die Firma im Prozesse.

1. a) Der § 17 ist nicht dahin auszulegen, daß dem Handelsgeschäft als solchem Parteifähigkeit beigelegt wird. Bei einem Rechtsstreit ist Kläger oder Beklagter immer nur der Kaufmann, von welchem oder gegen welchen die Klage angestellt ist. Jedoch besteht ein Unterschied, je nachdem von einer oder gegen eine Firma geklagt wird. Im letzteren Falle ändert sich bei einem Wechsel des Inhabers der Firma die Passivlegitimation nicht; klagt dagegen eine Firma aktiv und wechselt der Inhaber vor der Zustellung, so wird der neue Inhaber nicht Prozeßpartei.

Die bloße Bezeichnung der Firma genügt nur bei einem Einzelkaufmanne. Klagt eine Gesellschaft, so muß in der Klage auch der Vertreter angegeben sein. Bei Eingang der Klage darf der Vorsitzende, wenn er den Verhandlungstermin zu bestimmen hat, nicht den Nachweis verlangen, daß die Bezeichnung der Partei durch eine Handelsfirma den gesetzlichen Vorschriften entspricht. Auch im weiteren Verlaufe des Prozesses kann dieser Nachweis nur erfordert werden, wenn sich Zweifel darüber ergeben, ob die Partei zur Führung der Firma berechtigt ist.

Die Zwangsvollstreckung kann nicht durchgeführt werden, wenn das Urteil gegen die Firma ergangen ist, der Inhaber aber entweder nicht Vollkaufmann, oder der Anspruch nicht aus dem Geschäftsbetrieb entstanden ist; ebenso ist die Firma kein zulässiger Zwangsvollstreckungstitel gegen den bisherigen Inhaber, wenn sie in der Zwischenzeit mit dem Geschäfte veräußert ist.

Wenn die Firma, die in einem zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel als Gläubiger bezeichnet ist, auf einen anderen übergeht, so kann der neue Inhaber nur dann vollstrecken lassen, wenn er auch bezüglich des Anspruchs, über den der Titel lautet, Rechtsnachfolger des bisherigen Firmeninhabers geworden ist.

Der Gläubiger, der gegen einen neuen Firmeninhaber ohne Kenntnis von dem Übergange des Geschäfts die Zwangsvollstreckung vorgenommen hat, kann sich nicht auf § 15 HGB. berufen. Göppert 267 ff.

b) Sehr eingehend sind die Fragen, die sich aus der Stellung der Firma im Prozeß ergeben, bei Staub I 108—116 Anm. 7—29 behandelt.

Abweichend von Göppert erklärt Staub in Anm. 21 die Zwangsvollstreckung auch bei Wechsel der Person des Firmeninhabers für zulässig.

c) Nach einer Entscheidung des OLG. Marienwerder, PosMschr. **00** 52 ist, wenn der Inhaber einer klagenden Firma nicht angegeben wird, dennoch ihr Antrag auf Erlaß des Versäumnisurteils statthaft. Das Gericht kann nicht den Nachweis verlangen, ob Inhaber der Firma ein Einzelkaufmann oder eine Handelsgesellschaft ist.

d) RG. BadRpr. **02** 327 verlangt die Angabe des gesetzlichen Vertreters der Firma im Rubrum.

e) Es genügt, daß die Prozeßvollmacht einer offenen Handelsgesellschaft allein mit der Geschäftsfirma unterzeichnet ist; der unterzeichnende vertretungsberechtigte Gesellschafter braucht seinen Namen nicht beizufügen. LG. Halle, NaumAK. **03** 78.

2. Wird eine Klage gegen eine Firma gerichtet, so ist Beklagter der Inhaber der Firma z. Z. der Klagerhebung. Die Klage ist gegen dessen Person gerichtet. Es empfiehlt sich deshalb, im Rubrum den Kaufmann x als Inhaber der Firma yz anzuführen. **RG.** DJZ. **03** 527, Staub, HGB. § 17 Anm. 16, Bolze **12** Nr. 124, Bankarchiv **3** 9, **RG. 54** 15, JW. **03** 155.

Als verurteilt gilt ebenfalls, wer z. Z. der Klagerhebung Inhaber der Firma war. KGBl. **14** 46 (KG.).

Aus einem gegen eine Firma erlassenen Urteil ist die Judikatsklage gegen den alleinigen Inhaber unzulässig. OLG. **7** 147 (KG.).

3. Trotzdem der Wortlaut dagegen zu sprechen scheint, hat der Kaufmann die Befugnis, unter der Firma zu klagen und verklagt zu werden, doch nur in solchen Prozessen, die sich auf Ansprüche aus dem Betriebe des Handelsgeschäfts beziehen. Olshausen 78.

4. Ausländische Firmen.

Auch eine ausländische Firma kann als Firma klagen; die spätere Aufnahme des bürgerlichen Namens des Einzelkaufmanns in das Prozeßrubrum enthält keine Klagänderung. Stellt sich jedoch heraus, daß der angebliche Inhaber der Firma in Wahrheit nicht der alleinige Inhaber ist, so ist die Klage wegen mangelnder Aktivlegitimation abzuweisen. OLG. **3** 274 (Hamb.), SächsA. **12** 572.

5. Offene Handelsgesellschaften.

Bezüglich der Vertretung der offenen Handelsgesellschaften liegen zwei einander widerstreitende Entscheidungen vor.

a) OLG. **1** 149 (Köln): § 17 Abs. 2 findet auch auf offene Handelsgesellschaften Anwendung, dergestalt, daß eine solche Gesellschaft klagen oder verklagt werden kann, ohne daß die vertretungsberechtigten Inhaber benannt werden. Der Richter hat Recht und Pflicht, die Personen der Firmeninhaber zu ermitteln nur, wenn ein besonderer prozessualer Anlaß oder bestimmte Zweifel vorliegen.

b) OLG. Hamburg, SeuffA. **56** 167, SächsA. **12** 572: Die klagende offene Handelsgesellschaft ist verpflichtet, die zur Vertretung ermächtigten Gesellschafter zu bezeichnen. Da die offene Handelsgesellschaft zwar parteifähig, aber nicht prozeßfähig ist, so bedarf sie im Prozesse der Vertretung durch andere Personen, ihre gesetzlichen Vertreter. Die gesetzlichen Vertreter sind nach § 130 ZPO. in den vorbereitenden Schriftstücken und nach § 313 ZPO. im Urteile zu bezeichnen. Nach § 56 a. a. O. hat das Gericht den Mangel der Prozeßfähigkeit und den Mangel der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters von Amtswegen zu berücksichtigen.

**§ 18.** Abs. 1. 1. Nur der gesetzlich zustehende Familienname (Schultz, nicht Szulc) kann für die Firma verwendet und von den Geschäftsnachfolgern beibehalten werden. KGJ. **24** A 163 (KG.).

Die Verpflichtung, seinen Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen als Firma zu führen, erheischt die Anwendung der vollen solennen Form des Vornamens, ohne jede Änderung, Verkleinerung, Modernisierung. Unzulässig ist daher, daß ein Träger des Vornamens „Friedrich" — „Fritz" firmiert. OLG. **4** 460 (KG.), auch R. **02** 321, ThürBl. **50** 43, CBlFrG. **2** 845; ebenso auch Staub I 118 Anm. 5, Goldmann I 77 Anmerk. 1 II 2a.

Dagegen Düringer-Hachenburg I 104 Anm. III.

Wer Hans oder Fritz heißt, braucht nicht Johannes oder Friedrich zu firmieren. Zwischen mehreren Vornamen kann beliebig gewählt werden. Staub I 118 Anm. 5; Düringer-Hachenburg 164 Anm. III; Opet a. a. O. 80.

Als Vorname im Sinne der §§ 15a, 148 Ziff. 14 GewO. kann nur der ins standesamtliche Register eingetragene Vorname in Betracht kommen; willkürliche Änderungen eingetragener Vornamen oder ihre Übersetzung in eine fremde Sprache würden Absicht und Zweck des Gesetzes widersprechen. OLG. Posen, GewA. **2** 387, GoltdA. **49** 364.

2. Die Ehefrau darf nach Kohler, Markenrecht 126, in die Firma wahlweise ihren Ehe- oder Mädchennamen aufnehmen; dagegen Lehmann-Ring I 77 Nr. 4. Nach Opet 75 kann die Ehefrau als Zusatz ihrem Namen den Mädchen-

namen beifügen. Staub I 117 Anm. 4 und Düringer-Hachenburg I 103 Anm. II verlangen in diesem Falle einen Zusatz wie „geborene".

3. Die Eintragung der bisher nicht eingetragen gewesenen, nur einen abgekürzten Vornamen enthaltenden Firma eines Einzelkaufmanns für eine offene Handelsgesellschaft nach dem 1. Januar 1900 ist zulässig, wenn der frühere Inhaber vor dem 1. Januar 1900 seine Firma noch in dieser Weise geführt hat, als das Geschäft durch Kauf auf die offene Handelsgesellschaft übergegangen ist. LG. Chemnitz, SächsA. **10** 184.

4. Der Erwerber eines Handelsgeschäfts nebst Firma nimmt, wenn er an dieser Änderungen vornimmt, eine neue Firma an und unterliegt dann bezüglich dieser neuen Firma den Vorschriften des § 18 HGB., wobei Dritte ein Widerspruchsrecht gegen die neue Firma haben, wenn drohende Verwechselungen vorliegen können. **RG.** SächsA. **11** 73.

5. Insoweit ein Vertrag die Abrede enthält, daß Beklagter sich verpflichtet, seinen Namen als Firma für das Geschäft des Klägers herzugeben, und daß Kläger berechtigt ist, für sein Geschäft diese Firma zu benutzen, kann jede der beiden Parteien vom Vertrage zurücktreten. Daraus folgt aber noch nicht, daß der Vertrag auch nichtig sei, insoweit er anderweit erlaubterweise das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien regelt und z. B. den Beklagten zum Geschäftsführer des Klägers bestellt. **RG.** JW. **03** 293.

6. Das Recht, eine den gesetzlichen Bestimmungen nicht entsprechende Firma zu führen, kann durch Ersitzung nicht erworben werden. **RG.** ElsLothrJZ. **02** 425, RheinAB. **02** 77, CBlFrG. **3** 123.

Abs. 2. 1. Auch für den Zusatz gilt das die Firmenwahl beherrschende Wahrheitsprinzip; der Inhalt des Zusatzes darf den realen Verhältnissen nicht widersprechen. Verboten ist nicht nur die positiv unzutreffende Angabe; als unzulässig ist auch schon der Zusatz zu betrachten, der zwar an sich keine Täuschung enthält, dennoch aber wegen seines Doppelsinns eine Täuschung herbeizuführen geeignet ist. Eine Reklamebezeichnung erscheint als zulässig, sofern sie nur der Wahrheit entspricht. Opet a. a. O. 84, 87.

2. Bei Firmen, die aus Sach- und Namensbezeichnung zusammengesetzt sind, legt der Verkehr und das Gesetz das Schwergewicht auf den Namen. Zusätze, die aus dem Gegenstande des Unternehmens, der Art des Geschäftsbetriebs entnommen, sind nicht notwendige Zusätze, sondern nebensächlich; sie dienen zur Kennzeichnung, Unterscheidung, oft genug nur zur Reklame. Die Firma erscheint regelmäßig als vollständig in der Zeichnung nur mit diesem Zusatz. Aber dem Namen kann bei Firmen dieser Art die Firma auch im Sinne des Gesetzes nur insoweit gleichgestellt werden, als sie eine Namensbezeichnung enthält, die allein wesentlich ist. Es darf deshalb gesagt werden, daß im Sinne des Art. 4 Nr. 5, Art. 12 WO. die Firma unterschrieben ist, wenn geschrieben ist, was der wesentliche Teil der Firma ist, und daß der Zusatz, der nur dazu dient, die Beziehung der Unterschrift auf die Gesellschaft klarzustellen, nicht geschrieben zu werden braucht, sondern durch Stempeldruck hergestellt werden kann. **RG. 47** 165, SeuffA. **57** 86.

Die Freiheit der Wahl des Firmenzusatzes gemäß Abs. 2 Satz 2 ist aber nicht davon abhängig gemacht, ob ein anderer Geschäftsinhaber sich an demselben Orte befindet, auf dessen Geschäft die freigestellten Angaben über Art oder Umfang des Geschäfts oder die Verhältnisse des Geschäftsinhabers gleichfalls zutreffen, mag er selbst von der auch ihm zu Gebote stehenden Freiheit, einen solchen Zusatz zur Firma zu machen, Gebrauch gemacht haben oder nicht.

Unterscheiden sich also 2 Firmen sonst ausreichend, so können sie z. B.

bei gleichem örtlichen Sitze diesen örtlichen Sitz beide zusätzlich in die Firma aufnehmen. **RG. 54** 183, JW. **03** 183.

3. Wenn § 18 in seinem letzten Satze besagt, daß Zusätze, die zur Unterscheidung der Person oder des Geschäfts dienen, gestattet sind, so ist daraus nicht zu entnehmen, daß nur solche Zusätze zugelassen sein sollen. Er führt vielmehr diese näher bezeichneten Zusätze nur beispielsweise an. Im übrigen muß davon ausgegangen werden, daß er alle Zusätze gestattet, soweit sie nicht unter die von ihm verbotenen fallen.

a) Der Zusatz: Rabattsystem Hansa ist nicht geeignet, eine Täuschung über die Art oder den Umfang des Geschäfts oder die Verhältnisse der Geschäftsinhaber herbeizuführen, wenn der Geschäftsbetrieb die Ausgabe und Wiedereinlösung von Rabattmarken zum Gegenstande haben soll. LG. Hamburg, HansGerZ. **01** 287.

b) Der Zusatz zu der Firma eines Drogisten „Apotheker" ist unzulässig, da die Täuschung naheliegt, daß das Geschäft eine staatlich konzessionierte Apotheke sei. LG. Wetzlar, CBlFrG. **1** 25.

c) Der Zusatz „Pilsner Brauhaus, Berlin" widerspricht nicht dem § 18 Abs. 2, da aus dem Zusatze „Berlin" ersichtlich ist, daß es sich nicht um echtes Pilsner Bier handelt. **RG.** JW. **00** 840.

d) Der Zusatz zu einer Firma „Jagdemporium" ist unzulässig, da dem Zusatze die Allgemeinverständlichkeit fehlt. LG. Altenburg, ThürBl. **47** 142.

e) Der Einzelkaufmann darf seiner Firma einen Zusatz beifügen, der seine Person oder sein Geschäft in besonderer Weise hervorhebt. Hierzu darf er auch eine Phantasiebezeichnung wählen; so ist das Wort „Phönix", insbesondere mit dem Zusatz Eiswerke und Kannenpetroleum-Versand N. N., zulässig. OLG. **1** 288 (KG.); auch RJA. **1** 115, CBlFrG. **1** 347, KGJ. **20** A 267, Goldschmidts Z. **41** 627, SächsA. **12** 572, R. **00** 438, ThürBl. **48** 299.

4. Die Hinzufügung des Namens des früheren Inhabers unter Bezeichnung desselben als solchen („vormals") enthält keine Andeutung eines Gesellschaftsverhältnisses. OLG. Stuttgart, CBlFrG. **2** 150.

5. Der zulässige Zusatz zur Firma im Sinne des § 18 ZPO. unterliegt der Verfügung des Firmeninhabers, kann also von demselben abgeändert werden, ohne daß gesetzlich ein Recht auf die bisherige Firma dadurch beeinträchtigt wird. LG. I Berlin, R. **02** 48, CBlFrG. **2** 674.

6. a) Eine Privatperson darf nicht für ein von ihr betriebenes Handelsgeschäft, das in keiner Beziehung zu der städtischen Verwaltung des Betriebsorts steht, eine Firma dahin annehmen, daß dem Worte Stadt . . . der Name der Stadt angehängt und demnächst der Vor- und Familienname des Unternehmers hinzugefügt wird. KGJ. **22** A 97 (KG.), SächsA. **12** 572.

b) Der Zusatz „Engros-Lager" ist nur zulässig, wenn das Lager des Firmeninhabers so große Posten Waren enthält, daß dem Publikum der Vorteil des Bezugs aus einem Großgeschäfte geboten wird. CBlFrG. **1** 238 (KG.).

c) Der Zusatz „Fahrrad- und Nähmaschinenhaus" ist nur zulässig, wenn Warenvorräte und Umsatz größer sind als in einem gewöhnlichen Ladengeschäfte der Branche. LG. Düsseldorf, CBlFrG. **2** 888.

Der mit Fahrrädern handelnde Inhaber einer Reparaturwerkstätte darf seiner Firma „Fahrrad-Manufaktur" beifügen. Manufaktur ist nicht Fabrik. SächsOLG. **24** 380.

d) Das Prinzip der Firmenwahrheit wird nicht dadurch verletzt, daß eine Firma, deren Sitz sich in Schöneberg befindet, den Zusatz „Berliner . . ." annimmt, denn ungeachtet der Trennung der Städte Berlin und Schöneberg als Kommunen kommen die beiden Orte für den geschäftlichen Verkehr als einheit-

licher, die umfassende Benennung „Berlin“ tragender Handelsplatz in Betracht. OLG. **6** 340 (KG.).

e) Der Firmenzusatz „Versandhaus“ ist geeignet, Täuschungen über Art und Umfang eines Geschäfts herbeizuführen. Er ist nur zulässig bei einem Detailhandel größeren Umfanges, bei welchem die Waren hauptsächlich im Wege des Versandes mittels Post, Eisenbahn 2c. an die Verbraucher (nicht die Zwischenhändler) zum Verkaufe kommen. KG., R. **03** 344.

f) Der Zusatz „Bankkommandite“ ist bei der Zweigniederlassung eines einzelnen Bankiers nicht zulässig, da man unter „Bankkommandite“ nach dem im Handelsverkehr üblichen Sprachgebrauche nur ein Bankgeschäft versteht, bei welchem eine Bank als Kommanditist beteiligt ist. BankA. **1** 170.

g) Riesser weist im BankA. **1** 85 darauf hin, daß es nach § 18 Abs. 2 unzulässig erscheint, daß Personen sich in ihrer Firma als Bankier bezeichnen, welche einen rechtlichen Anspruch auf diese Benennung nicht haben, wie etwa Grundstückshypothekenmäkler 2c.

7. Ein Vertrag des Inhalts, daß jemand zwar ein eigenes Handelsgeschäft betreiben, in diesem aber gewisse Artikel unter einer ihm nicht zustehenden Firma vertreiben solle, ist nichtig. **RG.** Holdheims MSchr. **12** 110.

8. Zur Beurteilung der Frage, ob ein Firmenzusatz geeignet und bestimmt ist, eine Täuschung im Sinne des Abs. 2 herbeizuführen, ist auf den Zeitpunkt der erfolgten Eintragung der Firma zurückzugehen. **RG.** HansGerZ. **03**, Hauptbl. 176.

**§ 19.** 1. Olshausen 47: Sind in die Firma einer offenen Handelsgesellschaft die Namen sämtlicher Gesellschafter aufgenommen, so ist ein das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutender Zusatz nicht erforderlich, ja sogar unzulässig. Dies ergibt sich jetzt mit Deutlichkeit aus dem veränderten Wortlaute des § 19 Abs. 1, der — anders wie früher Art. 17 — eine Alternative enthält.

Die Firma einer Kommanditgesellschaft muß jedoch auch dann, wenn sie die Namen aller Komplementäre enthält, einen die Gesellschaft andeutenden Zusatz führen (47).

2. Namen von der Gesellschaft fremden Personen („Strohmänner“) dürfen keinen Bestandteil der Firma einer offenen Handelsgesellschaft bilden. Opet 93.

3. Begründen zwei Brüder eine offene Handelsgesellschaft, so kann die Firma A. L. Söhne nicht als Firma ihrer offenen Handelsgesellschaft eingetragen werden, selbst wenn einer der Gesellschafter zufällig selbst A. L. heißt; denn nach der Fassung ist in der Firma nicht sein, sondern seines Vaters Name enthalten. LG. Darmstadt, HessRspr. **1** 4.

4. Scheidet aus einer Handelsgesellschaft, die einen ein Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz in ihrer Firma führt, ein Gesellschafter (einer dieser Nachfolger in der Firma) aus, so kann der zurückbleibende Gesellschafter den das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz der Sachlage entsprechend ändern. Der Zustimmung des ausgeschiedenen Gesellschafters bedarf er nur, wenn er dessen Namen fortführen will. BayrObLG., DJZ. **00** 363.

**§ 20.** Sachfirma.

1. Eine ausländische Aktiengesellschaft, deren Firma nur aus Personennamen besteht, muß für eine in Deutschland belegene Zweigniederlassung zu ihrer Firma die Bezeichnung „Aktiengesellschaft“ hinzusetzen. Dies folgt aus Art. 22 EGzHGB. Wenn in diesem Zusatz auch nicht eine Änderung der Firma zu erblicken ist, so bewirkt er doch eine Umformung, welche bei dem Handelsregister der Zweigniederlassung anzumelden ist. Levis, DJZ. **01** 137.

2. Nur „in der Regel“ ist die Firma von dem Gegenstande des Unternehmens zu entlehnen. Diese Vorschrift hat nur die Bedeutung eines guten Rates, dessen Befolgung von der Willkür der Beratenen abhängt. Der Register-

richter darf daher die Eintragung einer abweichend von dieser Regel einzutragenden Firma auch dann nicht ablehnen, wenn jede Begründung, weshalb von der Regel abgewichen wird, mangelt. Opet 69 Anm. 1; abweichend Lehmann-Ring I 81 Nr. 2, der annimmt, daß die Registerbehörde nach § 37 Abs. 1 einzuschreiten hat, wenn besondere Umstände, welche ein Abweichen begründen, nicht vorliegen.

**§ 21.** Aus welchem Anlasse der bürgerliche Name geändert wird (z. B. Untersagung der Namensführung durch den Ehemann), ist gleichgültig. Ritter 62.

Düringer-Hachenburg I 108 meint, daß der Ehemann der geschiedenen Ehefrau, die allein für schuldig erklärt ist, wie die Führung seines Namens, so auch den Gebrauch des Namens als Firma untersagen kann. Ebenso Lehmann-Ring I 82 Anm. 4. Dagegen Staub I 124 Anm. 2; ebenso in ausführlicher Darlegung Opet 104.

2. Das Recht zur Beibehaltung der Firma bleibt bestehen, auch wenn die das Recht zur Namenführung nach bürgerlichem Rechte begründenden Tatbestände beseitigt sind. Opet 107.

**§ 22.** Abs. 1 Satz 1. 1. Übertragung des Firmenrechts.

a) Olshausen 59ff.: Hierin ist nicht nur eine vertragsmäßig erfolgende Bewilligung zur Namensführung zu erblicken, sondern es liegt eine unter diesen bestimmten Verhältnissen vom Gesetze für möglich erklärte tatsächliche Veräußerung des Firmenrechts vor, denn nur auf solche Weise erklärt es sich, daß durch diesen Akt für den Erwerber ein selbständiges absolutes Firmenrecht geschaffen wird (63).

Aus § 22, der die Übertragung des Firmenrechts erschöpfend regelt, ergibt sich e contrario, daß das Gesetz eine jede ohne diese Einwilligung erfolgende Übertragung ausschließen wollte. Da mithin eine jede zwangsweise Übertragung im Widerspruche zu § 22 stehen würde, kann auch der Konkursverwalter, obwohl das Geschäft nach § 134 KO. im ganzen veräußert werden darf, seinerseits nicht das Firmenrecht mit dem Geschäft auf einen anderen übertragen, vielmehr ist hierzu unbedingt die Einwilligung des Kridars erforderlich, der auch nach der Konkurseröffnung zur Führung von Prozessen, welche das Firmenrecht betreffen, befugt bleibt (69). Kohler, Markenschutz 232 Anm. 1 und Dernburg, Preuß. Privatr. II 982 Anm. 10 treten dagegen für eine Veräußerung durch den Konkursverwalter ein.

b) Die Einwilligung sowohl des Geschäftsveräußerers wie seiner zu ihrer Abgabe legitimierten Erben kann pure, sowie auch unter beliebigen Bedingungen und Zeitbestimmungen erfolgen, doch können Zuwiderhaudlungen gegen derartige Beschränkungen nicht Rechte Dritter begründen.

c) Wer ein Geschäft mit der Firma erworben hat, kann es mit dieser auch wieder auf einen Dritten übertragen. RG. JW. **02** 186, CBlFrG. **2** 894, Holdheims MSchr. **11** 203.

d) Auch das durch Erwerb des Geschäfts mit der Firma erworbene Firmenrecht erlischt nicht durch Verlegung des Geschäftssitzes nach einem anderen Orte. OLG. Stuttgart, WürttZ. **01** 37.

e) Nach den Bestimmungen des Ministeriums des Preußischen Königlichen Hauses v. 10. Januar 1888 gelten Hofprädikate nicht als der Firma, sondern nur als der Person verliehen und gehen daher nicht mit der Firma auf etwaige Geschäftsteilnehmer und Nachfolger über. Das Kammergericht hat deshalb die Eintragung einer Firma: „W . . . . . . Industrie Berlin, vormals Hoflieferant J . . . . . . S . . . . ., G. m. b. H.“ abgelehnt, weil das Wort „Hoflieferant“ in der früheren Firma nicht enthalten war, und der Umstand, daß der frühere Inhaber Hoflieferant war, den Rechtsnachfolger zur Führung dieses Prädikats in keiner Weise berechtigte. KGJ. **23** A 208 (KG.).

f) Die Telegrammadresse gehört derart zum kaufmännischen Geschäfte, daß bei einem Wechsel des Inhabers des Geschäfts der Erwerber stillschweigend das ausschließliche Recht auf die Telegrammadresse des bisherigen Inhabers erlangt. Heyden, DJZ. 00 92.

2. § 22 regelt nur die Voraussetzungen der Fortführung einer Firma eines bestehenden Geschäfts zwischen dem Erwerber und dem Veräußerer, entscheidet aber nicht die Frage, ob nach sonstigen Grundsätzen die Firma fortgeführt werden kann. LG. I Berlin, R. 00 495.

3. Man kann nicht beliebig einen bürgerlichen Namen annehmen, der einem nicht zukommt, und kann auch nicht beliebig eine fremde Firma gebrauchen, die man nicht in gesetzlicher Weise, nämlich durch Übertragung mit dem Geschäft, erworben hat. RG. Puchelts Z. 34 335, Bankarchiv 2 191 (vgl. auch JDR. 2 Ziff. 3 a zu § 12 BGB.).

4. Zum Erwerb eines Handelsgeschäfts ist nicht der Übergang des gesamten Vermögensbestandes des bisherigen Geschäfts erforderlich. Es kommt nur darauf an, daß das kaufmännische Unternehmen als solches, d. h. unabhängig von seinen Bestandteilen, erworben wird. Es genügt daher die Übertragung der Vermögensstücke, die eine Fortführung des Hauptzweigs des bisherigen Geschäfts ermöglichen. Die Erwerber brauchen nicht in die Lage versetzt zu werden, alle Zweige weiterführen zu können. RG. DJZ. 02 202. Ebenso auch Geißmar, Holdheims MSchr. 11 51.

§ 22 verlangt nicht, daß das unter der bisherigen Firma übernommene und fortgeführte Geschäft unverändert bleibe, vielmehr ist Ausdehnung und Einschränkung des Betriebs gestattet, falls nur die Grundlagen des Geschäfts im wesentlichen dieselben bleiben, falls dessen Kontinuität gewahrt wird. RG. Holdheims MSchr. 11 203, JW. 02 186, CBlFrG. 2 894.

Makower 53 meint, daß eine völlige Umwandluug des Betriebs und der Branche dann immer zulässig ist, wenn sie allmählich und ohne vollständige vorherige Abwickelung des früheren Unternehmens erfolgt.

Das RG. JW. 00 651, auch R. 00 420, 467 entscheidet ferner, daß, wenn der Erwerber eines Geschäfts nur den Umfang des Geschäfts vergrößert, oder es auf andere Gegenstände erstreckt, ja sogar wenn er es allmählich wesentlich umgestaltet, unter der Voraussetzung, daß die Kontinuität des Betriebs gewahrt bleibt, die Bedingungen für die Zulässigkeit der ferneren Führung der Firma als fortbestehend anerkannt werden müssen.

5. § 22 setzt voraus, daß das erworbene Geschäft, dessen „Firma" fortgeführt werden soll, bereits bei dem Erwerb ein Handelsgeschäft im Sinne des damals geltenden Rechtes war. War dies nicht der Fall, so kann der Erwerber, wenn das Geschäft nunmehr ein Handelsgeschäft wird, nicht die übernommene Namensbezeichnung, die keine „Firma" im Rechtssinne war, sondern nur seinen Namen und Vornamen eintragen lassen. OLG. 2 144 (Stuttgart).

Düringer-Hachenburg I 105 II 1 sprechen sich dafür aus, daß bei Eintragung der Firma im Handesregister der § 22 auch dann Anwendung findet, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 2 und 3 Abs. 2 im übrigen nicht gegeben sind (arg § 5). Dagegen Staub I 125 Anm. 1.

6. Soll ein Zweiggeschäft samt einer abgeleiteten Firma veräußert werden, so bedarf es zur Mitübertragung der Firma der Genehmigung des früheren Inhabers, dessen Name in der Firma enthalten ist. OLG. 7 147 (KG.), OLG. 4 462 (KG.).

Eine Zweigniederlassung wird durch die Veräußerung zu einem selbständigen Geschäft, und es kann dem Erwerber dabei das Recht eingeräumt werden, dieses unter der Firma des bisherigen Hauptgeschäfts fortzuführen. BayrObLG.,

OLG. 3 406, R. 02 18, SächsA. 12 572, RJA. 2 231, CBlFrG. 2 575, ThürBl. 49 162, Goldschmidts Z. 53 182.

7. a) Es steht nichts im Wege, unter Beibehaltung der alten Firma den Nachfolgezusatz mit der wirklichen Rechtslage laufend im Einklange zu halten. Die alte Firma, der der Nachfolgezusatz beigefügt ist, darf aber nicht geändert werden. Ritter 60.

b) Wer die Firma eines von ihm erworbenen Geschäfts fortführen will, darf der Firma lediglich einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz beifügen; im übrigen aber hat er sie unverändert zu lassen, insbesondere darf er nicht einzelne Teile ausscheiden. SächsOLG. 21 323, Holdheims MSchr. 9 281, RJA. 1 47, OLG. 1 486.

c) Der von den Erwerbern einer Firma gewählte Zusatz, der das Nachfolgeverhältnis in der Firma zum Ausdrucke bringen soll, kann bei veränderter Sachlage, z. B. dem Ausscheiden eines Gesellschafters, eine der Wahrheit entsprechende Änderung erfahren. BayrObLG., CBlFrG. 1 165, SeuffBl. 65 351, OLG. 1 183, Gruchots Beitr. 44 885, R. 00 330, MecklZ. 19 168, DJZ. 00 363.

8. Erwerb von Todeswegen.

a) Wird die Eintragung der Firmenfortführung für ein von Todes wegen an die Erben übergegangenes Handelsgeschäft beantragt, so hat der Richter nur die Voraussetzungen des § 22 zu prüfen, nicht aber die materiell-rechtlichen Verhältnisse, nicht z. B., ob die Mutter zufolge Testaments ihre Kinder bevormundet und zugleich mit diesen das ererbte Handelsgeschäft fortsetzen will. Marcus, DJZ. 01 185.

b) Ein zu einem Nachlasse gehöriges Handelsgeschäft kann auf Grund der Erbengemeinschaft unter der bisherigen Firma fortgeführt werden, ohne daß eine offene Handelsgesellschaft unter den Erben errichtet zu werden braucht. OLG. 4 454 (KG.).

c) Die als Vorerbin eingesetzte Witwe ist berechtigt, das zum Nachlasse gehörige Geschäft ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung fortzuführen und sich als Firmeninhaberin eintragen zu lassen. OLG. 4 456 (KG.).

d) Der Erblasser, welcher vor dem 1. 1. 00 verstorben ist, hat unter der nicht eingetragenen Firma „Friedr. S.“ ein Geschäft geführt. Noch vor dem 1. 1. 00 haben die Erben zugestimmt, daß zwei Söhne des Erblassers seine Firma für die zu begründende offene Handelsgesellschaft fortführen dürfen. Nach dem 1. 1. 00 ist die Eintragung der Firma „Friedr. S.“ beantragt. Dem Antrag ist stattzugeben. § 18 HGB., wonach die Firma eines Einzelkaufmanns einen ausgeschriebenen Vornamen enthalten muß, kommt nicht zur Anwendung, da vor dem 1. 1. 00 dieses Erfordernis nicht bestand und gegenwärtig über die Anmeldung der Firma einer offenen Handelsgesellschaft zu entscheiden ist. LG. Chemnitz, SächsA. 10 184.

e) Bei Fortführung des Geschäfts eines Einzelkaufmanns durch dessen mehrere Erben entsteht eine offene Handelsgesellschaft unter den Erben nur dann, wenn ein wirksamer Vertrag über die Errichtung einer solchen vorliegt. In das Handelsregister kann eingetragen werden, daß Inhaber der Firma eines Einzelkaufmanns dessen Witwe und Kinder als Miterben sind, und daß die Witwe die alleinige Vertretungsbefugnis hat. KGJ. 22 A 280 (KG.), RJA. 2 178, OLG. 3 408, SächsA. 12 572, CBlFrG. 2 534, KGBl. 12 109, ThürBl. 49 128.

9. Aktien-Gesellschaften können neben ihrer eigenen Firma diejenige eines erworbenen Handelsgeschäfts nur noch dann führen, wenn das letztere von dem eigenen Geschäfte der Gesellschaft gesondert ist. Ritter 61.

Eine Aktien-Gesellschaft kann nicht als Inhaberin eines von ihr erworbenen Handelsgeschäfts, das als selbständiges unter der bisherigen Firma fortgeführt

werden soll, in das Handelsregister eingetragen werden. KGJ. 20 A 36 (KG.). Sie kann aber ein Geschäft, das sie nicht unter seiner Firma betreiben darf, sofort mit der Firma weiter veräußern. DJZ. 02 202 (KG.).

Hat eine offene Handelsgesellschaft ihr Geschäft mit der Firma auf eine Aktiengesellschaft übertragen, so darf sie die Firma nicht mehr weiterführen, selbst nicht mit Zustimmung der Aktiengesellschaft. OLG. Karlsruhe, BadRpr. 02 268, CBlFrG. 3 299.

10. Ein Kaufmann kann an demselben Orte mehrere gleichartige Handelsgeschäfte haben, sofern diese Selbständigkeit und wirtschaftliche Abgeschlossenheit besitzen, was sich äußerlich durch Verschiedenheit der Firma dokumentieren kann. Ein solches Einzelgeschäft kann veräußert und unter der bisherigen Firma fortgeführt werden. SeuffA. 57 151 (KG.), CBlFrG. 2 900.

11. Konkurrenzverbot bei Geschäftsveräußerung.

Das dem Veräußerer eines Geschäfts auferlegte Konkurrenzverbot ist nicht davon abhängig, daß der berechtigte Käufer die Erwerbstätigkeit, in deren Ausübung er durch das Konkurrenzverbot geschützt werden soll, fortsetzt. Erst wenn feststeht, daß eine Wiederaufnahme der fraglichen Erwerbstätigkeit dauernd ausgeschlossen ist und daß somit der durch das Konkurrenzverbot beabsichtigte Schutz sein Ziel endgültig verloren hat, hört auch die Geltung des gegenstandslos gewordenen Konkurrenzverbots auf. RG. 47 238, JW. 00 826.

Zu Abs. 2. Wird ein Geschäft auf Grund eines im Abs. 2 bezeichneten Verhältnisses übernommen, so darf der Übernehmer, wenn keine weitere Voraussetzung gegeben ist, das Geschäft nur unter der eigenen, ihm für ein selbstbegründetes Geschäft zustehenden Firma betreiben, ohne dazu befugt zu sein, sich der vom Geschäftsübertrager geführten Firma zu bedienen. Opet 126.

**§ 23.** 1. Betreibt ein Kaufmann an einem Orte zwei ganz getrennte Betriebe verschiedener Art — z. B. ein Buchhändler ein Verlagsgeschäft und einen Sortimentsbuchhandel —, so kann er die eine Niederlassung mit der Firma veräußern, die andere unter derselben Firma weiterbetreiben, jedoch unter der Voraussetzung, daß bei Verbleib des abgetretenen Geschäfts an demselben Orte der einen oder der anderen Firma ein unterscheidender Zusatz beigefügt wird. LG. Mainz, HessRspr. 1 117.

2. Vgl. § 22 Nr. 6 und 10.

**§ 24.** 1. Vgl. § 22 Nr. 7 c.

2. Die Fortführung der Firma einer offenen Handelsgesellschaft beim Ausscheiden eines Gesellschafters ist unzulässig, wenn zwischen den Gesellschaftern von vornherein verabredet worden war, daß alsbald nach der Eintragung der Firma ins Handelsregister der Träger des als Firma benutzten Namens aus der Gesellschaft wieder auszuscheiden und weder Mittel in das Geschäft einzulegen, noch sich am Geschäftsbetriebe zu beteiligen habe. Die Begründung einer offenen Handelsgesellschaft kann nicht allein zu dem Zwecke benutzt werden, um eine Firma zu erlangen, auf die der Kaufmann an sich kein Recht hätte. LG. Mainz, HessRspr. 1 179.

3. Nachfolgerzusätze sind statthaft. Ritter 62. Wird die Einwilligung zur Firmenfortführung von dem ausscheidendem Gesellschafter nicht erteilt, so muß von dem Zurückbleibenden eine ursprüngliche Firma gewählt werden. Ritter 62.

4. Der ausscheidende Gesellschafter oder dessen Erbe kann dem Verbleibe seines Namens in der Firma nicht widersprechen, wenn die Firma den Namen schon vor seinem Eintritte enthielt. OLG. Dresden, SeuffA. 55 167. — Auch SächsOLG. 20 427.

Derjenige Gesellschafter, der nach Auflösung der Gesellschaft das Handelsgeschäft mit der Befugnis zur Fortführung der Firma übernommen hat, darf sich

der Firma nur bei Abschluß solcher Geschäfte bedienen, mit denen sich die Gesellschaft nicht befaßt hat. **RG. 46** 150, SächsA. **12** 572.

5. Geht das Geschäft einer offenen Handelsgesellschaft auf einen der Gesellschafter mit der bisherigen Firma über, so hat er in der Anmeldung diese Firma zu zeichnen, auch wenn er bereits früher die gleiche Zeichnung als vertretungsberechtigter Gesellschafter geleistet hatte. OLG. **4** 467 (KG.), KGJ. **24** A 192, CBlFrG. **3** 83, Goldschmidts Z. **53** 193, ThürBl. **50** 51.

6. Nach Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft darf einer der bisherigen Gesellschafter ein Geschäft unter der Firma der aufgelösten Gesellschaft nur betreiben, wenn die Voraussetzungen des § 22 vorliegen. OLG. **1** 57 (Stuttgart).

**§ 25.** Abs. 1. 1. Die Anwendung des § 25 hat zur Voraussetzung, daß es sich um das Handelsgeschäft eines Kaufmanns handelt, der nicht zu den Minderkaufleuten des § 4 gehört. **RG.** JW. **03** 293; vgl. auch Ritter 47 und OLG. **7** 148 (Hamburg). Weitere Voraussetzung für Anwendung des § 25 ist der Erwerb und die Fortführung eines bestehenden Handelsgeschäfts. Gerät ein Kaufmann in Konkurs, so kann sein Geschäft auch dann nicht als bestehendes gelten, wenn ihm vom Verwalter das zum Geschäft gehörige Fabrikanwesen wieder überlassen wird. **RG.** DJZ. **02** 500.

2. Neben der Geschäftsfortführung des Abs. 1 bedarf es einer Anzeige an die Geschäftsschuldner nicht. Denn das Gesetz knüpft an die Geschäftsfortführung nicht den fiktiven Übergang der Geschäftsforderungen allein, sondern den Übergang mit der Wirkung, daß er den Schuldnern gegenüber wirksam sein soll. Deshalb kann der Schuldner auch nicht die Vorlegung oder Aushändigung einer Abtretungsurkunde (BGB. § 410) verlangen. Ritter 43.

3. Der § 25 trifft nur das Verhältnis des Geschäftserwerbers nach außen hin. Hinsichtlich der internen Beziehungen zwischen Erwerber und Veräußerer gibt er keine Bestimmungen, deshalb ist es bestritten, wem, mangels einer näheren Vereinbarung, im Verhältnisse der beiden letztgenannten die Geschäftsschulden zur Last fallen.

Cosack 67 meint, daß im Zweifel die Geschäftsveräußerung auch die Geschäftsforderungen und Geschäftsschulden mit umfaßt, da sie zum Geschäfte gehörig sind, gerade so gut wie Warenvorräte und Handelsbücher. Dagegen namentlich Lehmann-Ring I 91 Nr. 3.

4. Soll der Erwerber eines Handelsgeschäfts aus den Schulden seines Veräußerers in Anspruch genommen werden, so genügt es zur Begründung des Anspruchs nicht, daß in dem Vertrage die Übernahme der Schulden bedungen ist, wenn der Erwerber von der anderweitigen Vertragsbestimmung, die alte Firma fortzuführen, keinen Gebrauch macht. In der Beibehaltung des alten Ladenschildes allein ist noch keine Fortführung der Firma zu erblicken. OLG. **3** 275 (Stuttgart), SächsA. **12** 572.

5. Erwirbt jemand eines von mehreren selbständigen, demselben Verkäufer gehörigen, an demselben Orte befindlichen Handelsgeschäften, so haftet er für die Schulden des Verkäufers, soweit sie sich auf jenes Geschäft beziehen. OLG. **4** 146 (KG.), CBlFrG. **2** 900, R. **02** 131, SeuffA. **57** 151.

6. Unter § 25 rechnet auch der Fall, daß sich eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft in das Geschäft eines Einzelkaufmanns durch Veräußerung an einen Dritten umwandelt. Ob der Dritte eine physische Person, eine gewöhnliche juristische Person oder der Staat ist, ist gleichgültig. Lehmann, Umwandlungen handelsrechtlicher Unternehmungsformen, Goldschmidts Z. **50** 36.

7. Nach Makower 57 I ist auch der Erwerb eines Handelsgeschäfts durch Vermächtnis als Erwerb unter Lebenden anzusehen, weil der Bedachte zunächst

nur einen Anspruch gegen den Erben erhält. Ebenso Lehmann-Ring I 166 Anm. 7; Bolte, Goldschmidts Z. 51 422; dagegen Staub I 139 Anm. 2; Düringer-Hachenburg I 116 Anm. 2.

8. Der Inhaber eines Handelsgeschäfts, der dieses auf einen anderen überträgt, haftet für die Bezahlung von Waren, die er vor dem Übergange des Geschäfts käuflich bestellt hat, die aber erst nach dem Geschäftsübergang an den neuen Geschäftsinhaber geliefert sind, weiter. RG. SächsA. 12 719.

9. Wer zwei unter Lebenden erworbene Handelsgeschäfte unter einer aus der Verbindung der Firmennamen dieser Geschäfte gebildeten Firma als einheitliches Geschäft fortführt, haftet nicht für die im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten der früheren Inhaber, denn es fehlt an der formalen Voraussetzung der identischen Firma; diese liegt nicht vor, wenn auch die beiden erworbenen Firmen in der aus beiden gebildeten einheitlich gewollten Firma hervortreten. RG. 50 116, JW. 02 173, DJZ. 02 168.

10. Wird ein Handelsgeschäft ohne Fortführung der Firma übernommen, so ist es durchaus zulässig, durch Bezugnahme auf ein bestimmtes Schriftstück — die dem Registergerichte überreichte Bilanz — die Grenze zu bestimmen, bis zu welcher der Erwerber des Geschäfts seinerseits dessen alten Gläubigern gleichfalls verpflichtet sein will. RG. R. 02 23.

11. Der Gläubiger aus einem zweiseitigen Geschäfte büßt dadurch allein, daß er an denjenigen, der ein Handelsgeschäft mit Aktiven und Passiven übernommen hat, die ihm obliegende Gegenleistung bewirkt, seine Ansprüche gegen die früheren Geschäftsinhaber nicht ein. RG. Holdheims MSchr. 12 179, R. 03 459.

Abs. 2. 1. Es steht nichts im Wege, daß die abweichende Vereinbarung nur auf einzelne bestimmte Forderungen oder Schulden erstreckt wird.

Eintragung und Bekanntmachung müssen ohne Verzug nach Beginn der Fortführung des Handelsgeschäfts erfolgt sein. Doch wird hinsichtlich der Geschäftsforderungen § 409 Abs. 2 BGB. entsprechende Anwendung finden können.

Wenn Eintragung oder Mitteilung unwahr sind, eine Vereinbarung also nicht getroffen ist, so treten zum Teil andere als die im § 25 bezeichneten Wirkungen ein. Ritter 44.

Der Erwerber kann den Geschäftsgläubigern auch solche Einwendungen entgegenhalten, die die Gültigkeit des Veräußerungsvertrags betreffen. Denn, ist der Veräußerungsvertrag ungültig, so fehlt es an einer der Voraussetzungen für die Haftung des Erwerbers aus dem Erwerbe des Handelsgeschäfts. Ritter 45.

Die Vorschriften der §§ 25, 26 werden im Falle der Fortführung eines Handelsgeschäfts auf Grund eines Nießbrauchs, Pachtvertrags oder eines ähnlichen Verhältnisses (auch eines Vermächtnisses) entsprechende Anwendung finden müssen. Ritter 49.

Ein Verpflichtungsgrund liegt noch nicht vor, wenn der Erblasser den Übergang des Geschäfts auf den Vermächtnisnehmer mit Passiven angeordnet hat. Denn diese Anordnung hat nur im Verhältnisse des Vermächtnisnehmers zu den Erben Bedeutung. Ritter 50.

2. Eine Eintragung im Handelsregister und Bekanntmachung des Überganges eines Handelsgeschäfts unter Lebenden unter der bisherigen Firma, welche gegen den Eintritt der im § 25 Abs. 1 bestimmten Folgen Schutz gewähren soll, muß so deutlich sein, daß der Dritte erkennen kann, die ihn betreffende Schuld oder Forderung des früheren Inhabers sei auf den Erwerber nicht übergegangen. Allerdings wird hierbei eine Verweisung auf eine andere Stelle der Firmenakten vorkommen dürfen, aber es kann nur eine solche Verweisung als zulässig gelten, die unzweideutig ist und deren Benutzung vollen Aufschluß gewährt. RG. JW. 01 802, SächsA. 12 573, Holdheims MSchr. 11 73.

3. Wird ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortgeführt, so ist der vereinbarte Ausschluß der Schuldenhaftung des Erwerbers nur dann wirksam, wenn die Eintragung der Vereinbarung im Handelsregister nebst Bekanntmachung oder die Mitteilung an die Gläubiger unverzüglich in Anschluß an die Geschäftsübernahme erfolgt. Eine spätere Eintragung und Bekanntmachung oder Mitteilung ist wirkungslos. **RG.** Holdheims MSchr. **12** 245, R. **03** 531.

Abs. 3. Der Umstand allein, daß die Übernahme aller Schulden bedungen ist, genügt noch nicht zur Annahme eines besonderen Verpflichtungsgrundes im Sinne des § 25 Abs. 3. OLG. **3** 275 (Karlsruhe).

**§ 26.** 1. Auf die Verjährung hat der Umstand keinen Einfluß, daß der Geschäftsgläubiger die Eintragung weder kannte noch kennen mußte. § 15 HGB. bleibt insoweit außer Betracht. Ritter 46.

Die fünfjährige Verjährungsfrist kommt auch dann zur Anwendung, wenn die Verjährungsfristen des bürgerlichen Rechtes längere sind; also auch dann, wenn der Anspruch des Geschäftsgläubigers vor der Veräußerung des Handelsgeschäfts rechtskräftig festgestellt ist, nach § 218 BGB. also erst nach 30 Jahren verjährt. Ritter 47.

2. Veräußerung einer Zweigniederlassung.

Wird eine Zweigniederlassung ohne die Hauptniederlassung mit ihrer besonderen Firma veräußert, so beginnt die Verjährungsfrist mit der Eintragung des neuen Erwerbers im Register der Zweigniederlassung. Düringer-Hachenburg I 121 Anm. III. Ebenso Ritter 46.

**§ 27.** 1. Stegemann, Die Vererbung eines Handelsgeschäfts 106, will mit Rücksicht auf die Fortführung des Handelsgeschäfts mit der Firma das Anwendungsgebiet des § 27 auf Geschäfte von Vollkaufleuten beschränkt wissen. Lehmann-Ring 89 Nr. 1, Düringer-Hachenburg I 55, Makower I 57. A. A. Staub I 157, 145, Goldmann I 102.

2. Die Fortführung des Geschäfts erzeugt eine neue persönliche Verpflichtung des Erben, welche sich mit der ursprünglichen, gegen den Erblasser begründeten Forderung zu einem Gesamtschuldverhältnisse vereinigt. Bolte 435, Stegemann 107.

3. Zur Entscheidung der Frage, was zu den Geschäftsverbindlichkeiten i. S. des § 27 gehört und nicht etwa Privatschuld des Erblassers ist, ist auch § 344 HGB. heranzuziehen. Stegemann 109, Lehmann-Ring I 93, Goldmann I 105. Dagegen wollen Staub I 133 und Düringer-Hachenburg I 117 nur die Rechtsvermutung des § 344 Abs. 1, nicht aber die Fiktion des § 344 Abs. 2 anwenden.

4. Abs. 2 des § 27 Satz 1 und 2 schaffen einen Schwebezustand, innerhalb dessen eine Haftung des Erben überhaupt noch nicht besteht, auch keine aufschiebend bedingte: erst eine über die Frist des Abs. 2 hinaus fortgesetzte Führung der Firma gilt als der Willensakt, welcher die Haftung aus § 27 HGB. erzeugt. Bolte 445 ff., Stegemann 111.

Satz 3 des Abs. 2 gibt dem Erben ein dem Ausschlagungsrecht entsprechendes besonderes Reurecht, auf Grund dessen die Haftung, selbst wenn sie nach Abs. 2 Satz 1 und 2 schon eingetreten ist, wieder aufgehoben werden kann (Bolte 455, 456).

Der Erbe kann die Haftung aus § 27 auch durch Beobachtung der im § 25 Abs. 2 vorgeschriebenen Förmlichkeiten abwenden, es sei denn, daß er durch Verfügung des Erblassers oder durch Vertrag mit seinen Miterben zur Übernahme der Geschäftsschulden verpflichtet ist. Bolte 457 ff.

Ebenso auch Staub I 151 Anm. 11 u. 12, Stegemann 116 ff.; dagegen Goldmann I 131 Anm. 1 II 2c und in der Festgabe für Wilke 124 ff., welcher eine entsprechende Anwendung des § 25 Abs. 2 für unzulässig erklärt, da es sich hier nicht wie in dem genannten Paragraphen um eine Vereinbarung handle, sondern um eine einseitige Kundgebung des Erben, die keine rechtliche Bedeutung besitzt.

Düringer-Hachenburg I 124 Anm. V wollen eine entsprechende Anwendung des § 25 Abs. 2 bei Willenserklärungen des Erblassers zulassen, ebenso auch bei Vereinbarungen mehrerer Miterben dahin, daß nur einer haften soll.

5. Die unbeschränkbare Erbenhaftung tritt nicht ein, wenn der Erbe die Fortführung des Geschäfts einstellt. Aus welchem Grunde der Erbe die Fortführung einstellt (freiwillig, zwangsweise), ist gleichgültig. Ritter 51.

Der Einstellung steht die Fortführung unter einer vor Ablauf der gesetzlichen Frist geänderten Firma nicht gleich, wohl aber die Veräußerung des Geschäfts durch den Erben. Ritter 52.

Der Erbe kann einseitig eintragen lassen oder mitteilen, daß er die unbeschränkbare Haftung für die Geschäftsschulden ablehne. Einer Ermächtigung im Testament oder Erbvertrage bedarf es dazu nicht. Ritter 52.

6. Bezüglich der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, welche der — später ausschlagende — Erbe innerhalb der Schwebezeit des § 27 Abs. 2 vornimmt, meint Staub 155 Anm. 28, daß die Gültigkeit der Verfügungen hier nicht beschränkt sei auf diejenigen Verfügungen, die nicht verschoben werden dürfen, weil Abs. 2 im allgemeinen Ermächtigung zur ordnungsmäßigen Fortführung des Geschäfts gebe und damit alles als gültig sanktioniere, was innerhalb solcher Geschäftsführung liegt.

Das Vorhandensein einer solchen Ermächtigung verneint Goldmann a. a. O 134. Er beschränkt auch hier die Wirksamkeit der Geschäfte nach Maßgabe des § 1959 Abs. 2 BGB.

Die Anordnung einer Nachlaßpflegschaft ist hinsichtlich der Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten ohne Bedeutung und entkräftet nicht im Falle einer die 3-Monatsfrist übersteigenden Fortführung des Geschäfts das Präjudiz des § 27 Abs. 2. Stegemann 125 f. A. A. Staub I 153.

7. Ist der Inhaber einer Einzelfirma verstorben und hinterläßt er Witwe und minderjährige Kinder als Erben, so können diese nicht als offene Handelsgesellschaft eingetragen werden, da zur Begründung einer solchen ein Vertrag erforderlich ist. Dies kann event. formlos geschehen, allein immer müssen die Voraussetzungen für den Abschluß eines Gesellschaftsvertrags nach Maßgabe des bürgerlichen Rechtes gegeben sein. RJA. 2 178 (KG.), CBlFrG. 2 383, MecklZ. **20** 367.

Staub Anm 25 zu § 27 erblickt in der Fortführung des Geschäfts seitens der Erben ohne die bisherige Firma einen Antritt der Erbschaft. Die Erben bilden s. E. alsdann eine offene Handelsgesellschaft und müssen sich als solche eintragen lassen. Dagegen wendet sich Goldmann, Festgabe für Wilke 132 mit der Auffassung, daß es auch hier nur auf die konkreten Umstände ankomme, aus deren Gesamtheit Annahme oder Nichtannahme der Erbschaft zu folgern sei. Jedenfalls sei die Begründung einer offenen Handelsgesellschaft ohne Schließung eines Gesellschaftsvertrags unmöglich.

8. Verhältnis des § 27 zu §§ 2014 ff. BGB.

Die Bestimmung des § 27 HGB. schließt die Berufung auf § 2014 BGB. aus und zwar auch in dem Falle, daß dieser Paragraph einer Partei nach bürgerlichem Rechte zur Seite steht. Denn es kann nicht angenommen werden, daß dem Erben, welcher das Handelsgeschäft seines Erblassers unverändert über die

3-monatige Frist des § 27 Abs. 2 HGB. fortführt, freistände, endgültig die Verantwortung für die Folgen des während der Frist des § 2014 BGB. eingetretenen Verzugs usw. abzulehnen. Es ist mit Treu und Glauben und mit der im Handelsverkehr erforderlichen besonderen Redlichkeit schlechthin unvereinbar, daß der Erbe, der sich in der vom Gesetz ihm gewährten Überlegungsfrist zur definitiven Fortführung des ihm angefallenen Geschäfts entschlossen und der damit die präsumtive Ertragsfähigkeit des Geschäfts anerkannt hat, von der Verpflichtung zum Ersatze derjenigen Nachteile befreit sein sollte, die dem Gläubiger des Handelsgeschäfts entstanden sind durch die Berufung auf Befugnisse, die dem Erben wesentlich im Interesse der Nachlaßgläubiger gegeben sind, und die Einreden nur aufschiebender Art begründen. OLG. Breslau, BreslAK. **02** 43.

**§ 28.** 1. Nach Lehmann-Ring I 101 Anm. 2 findet dieser Paragraph auf den Fall, daß zwei Einzelkaufleute sich in der Weise verbinden, daß sie an Stelle ihrer alten Geschäfte ein von einer Handelsgesellschaft gebildetes neues Geschäft bilden, keine Anwendung; dagegen Staub I 157 Anm. 1; auch Cohn, Gruchots Beitr. **42** 67.

2. Wird ein früherer Geschäftsinhaber Kommanditist, so haftet er nach Düringer-Hachenburg I 128 Anm. II nur gemäß § 26 für die bei seinem Übergange zur Kommanditbeteiligung vorhandenen Schulden für die Dauer von 5 Jahren. Dagegen sind Lehmann-Ring I 102 Anm. 3 der Ansicht, daß der Betreffende als früherer Inhaber nicht das Privileg des § 26 habe, da der Fall des § 25 hier nicht vorliegt.

3. Der Bestimmung des § 28 liegt nicht zugrunde der Gedanke der Gesamtrechtsnachfolge in Aktiva und Passiva. Das Gesetz beschränkt sich darauf, einerseits eine Schuldübernahme der neugegründeten Gesellschaft aufzuerlegen und andererseits nach außen den Übergang der Forderungen als erfolgt anzusehen. Demgemäß würde § 265 ZPO. auf diesen Fall nach wie vor Anwendung finden, und es würden, was die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung aus Urteilen für und gegen den bisherigen Einzelkaufmann betrifft, § 727 bzw. § 729 Abs. 2 Platz greifen. Lehmann, Umwandlungen handelsrechtlicher Unternehmungsformen, Goldschmidts Z. **50** 34.

4. § 28 findet auch dann Anwendung, wenn die Umwandlung nach 1900 erfolgt ist; die Bestimmung § 28 Abs. 1 kennzeichnet sich als eine gesetzliche Abtretung der Forderung. OLG. **3** 407, SächsA. **12** 573 (Breslau).

**§ 29.** 1. Unter „Zeichnen" der Firma und der Namensunterschrift ist die Niederlegung der Züge zu verstehen, deren sich der Zeichnende bei der Niederschrift des Namens oder der Firma bedienen will, zwecks Beschaffung eines Vergleichsstücks. Sonstige Zeichnungen an Stelle lesbarer Schriftzüge sind als Unterschrift nicht gestattet; Handzeichen Schreibensunkundiger werden allgemein als zur Zeichnung der Firma ungenügend erklärt. Michels, DJZ. **03** 141 ff. (vgl. auch JDR. **2** Ziff. 3 zu § 126 BGB.).

2. Bei Anmeldung der Firma genügt nicht die Beglaubigung der Unterschrift, sondern es ist auch Beglaubigung der Firmenzeichnung erforderlich. Die im § 183 FrGG. zugelassene Beglaubigung, die auch bei einer bloßen Anerkennung der Unterschrift gestattet ist, reicht nicht unter allen Umständen aus, vielmehr ist eine solche Beglaubigung gefordert, aus der sich die persönliche Vollziehung der Unterschrift durch den Zeichnenden ergibt. **RG. 54** 168, JW. **03** 183.

3. Übereinstimmung herrscht darüber, daß Straße, Hausnummer und Geschäftsbranche nicht anzumelden sind. Nach Staub I 160 Anm. 4 kann der Registerrichter jedoch die Anmeldung dieser Daten verlangen, ohne daß er indes Ordnungsstrafen androhen darf. Düringer-Hachenburg I 130 Anm. III

meinen indes, daß die Anmeldung der genannten Fakta nicht nur überflüssig, sondern auch vom Gesetze nicht gewollt sei. Vgl. dazu Denkschr. 39.

4. Ist die Firma, unter welcher seit langem das Handelsgewerbe betrieben wird, „Meyer frères", nicht eingetragen, sondern statt dessen die gleichbedeutende, aber nicht bestehende Firma „Gebrüder Meyer", so genügt zur Anmeldung der ersteren Firma nicht der Antrag, im Wege der Berichtigung im Register die letztere Firma in erstere umzuändern. OLG. **5** 273, ElsLothrJZ. **28** 19, R. **02** 446 (Colmar).

**§ 30.** 1. „Derselbe Ort."

a) Nach Staub I 62 Anm. 1a ist unter Ort im Sinne dieses Paragraphen der Ort im politischen Sinne zu verstehen; dagegen will Goldmann I 146 Anm. 1 I 3a unter „Ort" einen geographisch abgegrenzten Bezirk, dessen Namen in weiteren Handelskreisen gebräuchlich ist, ohne Rücksicht auf die politische Zusammengehörigkeit verstanden wissen; ähnlich auch Lehmann-Ring I 105 Anm. 3.

b) Unter „benachbarten" Orten oder Gemeinden sind nicht nur — so: Erlaß des preuß. Handelsminist. vom 11. 8. 98, A 2977 II (in „Handel u. Gewerbe" **5** 493 Nr. 35) — solche zu verstehen, „deren Straßenzüge ineinander übergehen," sondern auch schon solche, deren „Nachbarschaft" sich, ohne daß jene engere Voraussetzung bereits vorliegt, vorläufig nur auf bloße geographische Nähe und Verkehrsgemeinschaft beschränkt. Im Falle des Zusammenschlusses solcher Gebietsteile durch Bestimmung der Landesregierung zu einem einheitlichen Firmenschutzbezirke gelten — ebenso, wie bei Vollziehung politischer Eingemeindungen (KGJ. **16** 11) — die in den früher getrennten, jetzt administrativ zusammengeschlossenen Bezirken vorhandenen und rite eingetragenen Firmen, selbst wenn sie gleichlautend sind, im Verhältnisse zueinander nicht als „neue" im Sinne des Abs. 1 und bleiben daher unangetastet nebeneinander bestehen; s. Riesenfeld, Firmenschutz und Eingemeindung in „Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht", Zeitschr. des deutschen Vereins zum Schutze des gewerbl. Eigentums **3** 337—339.

2. „Deutlicher Unterschied".

a) Für die Frage der deutlichen Unterscheidbarkeit der Firmen ist davon auszugehen, daß die Firmen mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt auf ihre Identität oder Nichtidentität geprüft werden. Verwechselungen, die das Publikum bei flüchtigem Lesen vornimmt, schließen noch nicht das Vorhandensein einer deutlichen Unterscheidbarkeit aus. OLG. **6** 109 (KG.).

Es ist auch der unverstümmelte Gebrauch beider Firmen der Prüfung zugrunde zu legen. Ähnlichkeiten der Firmen, die sich nur bei willkürlicher Abkürzung des Firmenwortlauts ergeben, sprechen nicht gegen die deutliche Unterscheidbarkeit. OLG. **6** 340 (KG.), ZAktWes. **10** 207.

b) Da nach § 18 Abs. 2 Namenszusätze, die zur Unterscheidung der Person oder des Geschäfts dienen, zulässige Firmenbestandteile sind, müssen zwei Firmen als ausreichend unterschieden angesehen werden, wenn, bei sonstiger Gleichheit der Firmen, die Namenszusätze eine deutliche, bei Anwendung der verkehrsüblichen Sorgfalt erkennbare Unterscheidung begründen. OLG. **6** 338 (KG.).

c) § 30 verlangt, daß zwischen den beiden Firmen objektiv ein deutlicher Unterschied bestehe. Es erscheint hiernach nicht angängig, bei zwei von mehreren Worten gebildeten Firmen das Vorliegen einer deutlichen Unterscheidung im Sinne des § 30 zu verneinen, wenn, wie hier — „Restaurant à la Aschinger" und „Bierquelle nach Aschinger" — die beiden Firmen in einem Worte ganz verschieden lauten und der Unterschied so deutlich ist, daß jeder, der mit einer der Firmen kontrahiert, ihn ohne minutiöse Untersuchung wahrnehmen kann. Ohne

Belang ist, daß man auf das Wort „Aschinger" den Nachdruck zu legen pflegt. Das Gesetz setzt voraus, daß die Identität der Firma von den Interessenten mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt geprüft wird. OLG. **6** 109 (KG.).

d) Eingetragen war die Firma „Ernst & von Spokelsen". Die Neueintragung einer Firma „Ernst von Spokelsen" wurde wegen nicht genügender Unterscheidung abgelehnt. OLG. **2** 91 (Hamburg), HansGerZ. **01** 80, SächsA. **12** 573.

e) Unterscheidet sich die neu eingetragene Firma nicht deutlich von einer bestehenden Firma desselben Ortes, so steht der alten Firma eine Klage wegen dieser Verletzung zu. **RG.** JW. **00** 552 Nr. 4.

Eine Beschwerde nach § 19 FrGG. ist nicht zulässig. LG. Hamburg, HansGerZ. **00** 115.

3. a) Die Bezeichnung einer Gesellschaft als Aktiengesellschaft oder als G. m. b. H. bildet einen Bestandteil der Firma. Dies hindert jedoch nicht, daß die Unterscheidung mehrerer Firmen i. S. des § 30 durch die in die Firma gesetzlich aufzunehmende Bezeichnung der Gesellschaftsform erfolgt. Die Firma „Automat Aktiengesellschaft" unterscheidet sich deutlich genug von der Firma „Automat G. m. b. H." OLG. **7** 343 (KG.).

b) Bei zwei im übrigen gleichlautenden Firmen genügt, um die deutliche Unterscheidbarkeit herzustellen, nicht, daß die eine den Beisatz Aktiengesellschaft habe. Ebensowenig kann der (nur den derzeitigen Rechtszustand andeutende) Vermerk „in Liquidation" zur Unterscheidung in Betracht kommen. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **02** 268, R. **02** 440.

c) Im Falle einer Eingemeindung braucht keine von mehreren in den vereinigten Bezirken bestehenden gleichlautenden Firmen zu weichen; denn keine der mehreren Firmen ist „neu". Ritter 63.

4. Der Reklame dienende Zusätze sind zulässig, soweit sie nur nicht aus anderen Gründen, z. B. wegen Mangels der Unterscheidungsmöglichkeit, unzulässig sind. Ritter 62.

5. Im Falle der Übertragung einer Firma von einer Gesellschaft auf eine andere muß sich die Eintragung des Erlöschens der alten Gesellschaft gleichzeitig mit der Eintragung der neuen Gesellschaft vollziehen, da das Nebeneinanderbestehen derselben Firma für zwei Gesellschaften vermieden werden muß. Geißmar, Holdheims MSchr. **11** 52.

6. Marcus, R. **03** 40, wünscht einen erweiterten Schutz der Firma durch Einführung eines Reichsfirmenregisters. Wer seine Firma in dieses eintragen läßt, erlangt für sie ein örtlich nicht beschränktes Recht auf Ausschließung anderer Firmeninhaber von Führung einer Firma, welche sich von seiner nicht deutlich unterscheidet.

Wassermann, R. **03** 96, hält die Möglichkeit der Einführung eines Reichsfirmenregisters vorläufig infolge unübersehbarer technischer Schwierigkeiten für ausgeschlossen.

Jacobi, R. **03** 141, wünscht eine Reform des Firmenrechts dahin, daß § 17 einen Zusatz erhalte: „Die Firma muß den Ort der Handelsniederlassung enthalten." Dafür soll Abs. 4 des § 30 und im § 29 die Worte „und den Ort seiner Handelsniederlassung" gestrichen werden.

7. Abs. 3. Als Firma der Zweigniederlassung ist die der Hauptniederlassung anzunehmen. Denzler 154, Staub 164. A. A. Makower 67, 42, Düringer-Hachenburg 132.

**§ 31.** 1. Eine Pflicht zur Firmenänderung trifft den Firmenführer

a) α. wenn die Firma unwahr geworden ist, auch wenn nur ein Zusatz unzutreffend wurde;

β. wenn sich die dem Gegenstande des Unternehmens entnommene Realfirma mit dem gegenwärtigen Zustande nicht mehr deckt.

b) Wenn die im ursprünglichen Geschäftsdomizil rechtmäßig begründete Firma durch Geschäftsverlegung unzulässig wird, sei es, daß es sich um eine Totalverlegung, sei es, daß es sich um eine Partialverlegung (Zweigniederlassung) handelt. Opet 102 ff.; zu β abweichend Makower 47 Anm. III.

2. Der Wechsel des Firmeninhabers kann Dritten, die ihn nicht kannten, erst nach Eintragung und Bekanntmachung entgegengehalten werden. Die Unterlassung hat zur Folge, daß der frühere Inhaber auch für die von dem neuen Inhaber unter der alten Firma abgeschlossenen Geschäfte haftet. OLG. Naumburg, SächsA. **12** 573, R. **01** 318.

3. In der Verlegung eines Ladengeschäfts in einen anderen Ort liegt eine Fortführung des bisherigen Geschäfts, wenn Geschäftsinhaber und Geschäftsart dieselben bleiben. Der Geschäftsinhaber ist deshalb berechtigt, die frühere Firma fortzuführen, auch wenn es eine Altfirma ist. OLG. **1** 212 (Stuttgart).

4. Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister können auch bei dem vom Registerrichter um die Entgegennahme der Anmeldung ersuchten Gerichte bewirkt werden. OLG. München, CBlFrG. **2** 12.

5. Nach Cosack 87 Nr. 11 tritt ein Erlöschen der Firma bei fortgesetztem Nichtgebrauch ein. Dagegen Pappenheim, Goldschmidts Z. **42** 301.

Der Löschung einer Firma steht nicht der Umstand im Wege, daß einzelne Rechtsverhältnisse aus dem erloschenen Handelsbetriebe noch fortdauern. Bayr. ObLG. **6** 463, R. **03** 215, BankA. **2** 174.

**§ 34.** Unter „Liquidatoren" wollen Düringer-Hachenburg I 137 Anm. II sowohl die Liquidatoren der juristischen Person als die Liquidatoren des von dieser betriebenen Handelsgewerbes verstanden wissen. Dagegen Lehmann-Ring I 111 Anm. 1, welche eine besondere Liquidation des Handelsgewerbes im juristischen Sinne überhaupt leugnen.

**§ 36.** Die im Abs. 1 bezeichneten Gesamtpersonen des öffentlichen Rechtes erwerben und besitzen, wenn die von ihnen betriebenen gewerblichen Unternehmen Grundhandelsgeschäfte der im § 1 Abs. II HGB gedachten Art umfassen, die Eigenschaft eines Kaufmanns im Sinne des Gesetzes und sind nur von der im § 29 a. a. O. statuierten allgemeinen Pflicht zur Anmeldung ihrer Firma behufs Eintragung in das Handelsregister befreit. Dagegen ist, wenn ihr Unternehmen nach Art und Umfang nur den Voraussetzungen des § 2 oder des § 3 Abs. II a. a. O entspricht, durch die Ausnahmevorschrift des § 36 Satz 1 nicht bloß die Eintragung ins Handelsregister, sondern damit zugleich auch der Erwerb der Kaufmannseigenschaft in ihr freies Belieben gestellt. Im Gegensatze zur Herbeiführung der Eintragung ist die Rücknahme jedoch, wenn sie dieselbe einmal bewirkt haben, nicht frei; die Löschung der Firma kann nicht jederzeit, vielmehr nur unter den im § 3 Abs. II a. a. O. festgestellten Voraussetzungen, welche Vorschrift analoge Anwendung finden muß, von ihnen begehrt werden. Riesenfeld, Kaufmannseigenschaft und Eintragungspflicht der Kommunalverbände im PreußVerwBl. **98** 106.

Dagegen meinen Düringer-Hachenburg I 138 Anm. I, II, daß für die im § 36 bezeichneten Unternehmen keine Verpflichtung bestehe, die einmal eingetragene Firma so lange im Register stehen zu lassen, bis ihre Löschung nach allgemeinen Grundsätzen erfolgen kann. Die Löschung im Register kann jederzeit bewirkt werden. Auch findet eine Zeichnung der Firma oder eine Zeichnung der Unterschrift ihrer Vertreter nicht statt.

Des näheren führt dies Düringer, Holdheims MSchr. **9** 81 (Registerpflicht der im § 36 HGB. bezeichneten juristischen Personen) aus. Er sagt dort:

Ebenso wie die Eintragung der im § 36 bezeichneten Unternehmen ins Handelsregister in das freie Belieben des Reiches, bzw. der Bundesstaaten bzw. der inländischen Kommunalverbände gestellt ist, hängt auch die Löschung der Firma dieser Unternehmen von der freien Entschließung der betreffenden öffentlichen Korporationen ab. Diese können also ohne Aufgabe oder Einschränkung des Gewerbes die Löschung der eingetragenen Firmen wieder herbeiführen. Es geht nicht an, mit Rücksicht auf § 3 Abs. 2 letzter Satz HGB. zu folgern, daß ebenso wie bei den land- und forstwirtschaftlichen Unternehmen auch bei den genannten Unternehmungen die Löschung der Firma nur nach den allgemeinen Vorschriften stattfindet, welche für die Löschung kaufmännischer Firmen gelten. Die Gesichtspunkte, die zu dem Prinzipe des § 3 Abs. 2 geführt haben, sind wesentlich andere, als die bei § 36 maßgebenden, und außerdem mußte wohl bei den Privatpersonen des § 3 ein Schutz gegen Mißbrauch geschaffen werden; ein solcher kann aber bei den öffentlich-rechtlichen Korporationen des § 36 entbehrt werden:

Gegen diese Ansicht spricht sich eine Entscheidung des OLG. Jena, ThürBl. **47** 237, KGJ **20** D 18, OLG. **1** 172, R. **00** 420, 330, CBlFrG. **1** 133 aus. Nach § 36 eingetragene Unternehmungen können nicht nach dem Belieben der Inhaber wieder gelöscht werden. Hätte das Gesetz das gewollt, so dürfte § 36 nicht lauten, „braucht nicht eingetragen zu werden", sondern „braucht nicht eingetragen zu sein". Der Wortlaut spricht also gegen die beliebige Löschung. Eine ausdehnende Auslegung ist aber unzulässig, da es sich hier um eine Ausnahmevorschrift handelt.

Die Pflicht, die Firma eintragen zu lassen, haben diese Korporationen auch dann nicht, wenn sie einen Prokuristen bestellen. Staub, HGB. 174. Weitergehend scheint Denzler 143 anzunehmen, daß die Pflicht, Erteilung und Widerruf der Prokura anzumelden, auch dann nicht besteht, wenn die Firma eingetragen ist.

A. A. als Staub und Denzler sind Denkschrift 42, Makower 71, Goldmann § 36 Note 1.

Ist die Firma eines solchen Unternehmens eingetragen, so bejaht Denzler (142) alsdann die Eintragungspflicht bei Gründung von Zweigniederlassungen.

**§ 37.** Abs. 1. 1. Ein Verstoß gegen die Vorschriften über die Firmen und über die Verletzung fremder Firmenrechte berechtigt nur den Registerrichter oder den Verletzten, nicht aber die Polizei zu einem Einschreiten. PrOVG., DJZ. **02** 395.

2. Das Amtsgericht kann auf Grund des § 37 den Gebrauch einer Firma untersagen, es ist aber nicht befugt, einzelne Worte aus der Firma herauszugreifen, den Gebrauch dieser Worte zu verbieten und damit dem Geschäftsführer den Gebrauch der Firma in verstümmelter Fassung freizulassen. OLG. **6** 340 (KG.), R. **03** 345, ZAktWes. **10** 208.

Nach § 140 FrGG. darf der Registerrichter auch nur den Gebrauch der Firma verbieten, nicht aber ihre Änderung oder Löschung aufgeben. OLG. **6** 338 (KG.).

3. Die Eintragung ins Handelsregister hat für die Firmen keine konstitutive Wirkung. Eine nicht regelmäßig zustande gekommene Firma wird daher auch durch die Eintragung nicht rechtswirksam, und dieser Mangel steht auch dem Erwerber der abgeleiteten Firma entgegen, selbst wenn er das Geschäft mit der Firma in gutem Glauben an ihre Rechtsbeständigkeit erworben hat. **RG.** JW. **03** 342, BankA. **3** 30.

4. Für den Gebrauch einer Firma i. S. des § 37 ist nicht erforderlich, daß sie zum Abschlusse von Handelsgeschäften oder zur Abgabe von Unterschriften verwendet ist. Es reicht vielmehr hin, wenn der Gebrauch durch Tatsachen zu-

tage tritt, sofern diese z. B. Zeitungsinserate, Geschäftsanzeigen u. dgl. m. nur unmittelbar auf den Geschäftsbetrieb sich beziehen und den Willen des Betreffenden bekunden, sich bei diesem Betriebe der Firma zu bedienen. OLG. **1** 451 (KG.).

Hat sich der Verkäufer eines Geschäfts vertragsmäßig verpflichtet, dafür zu sorgen, daß nicht durch Unterlassungen seinerseits der Käufer in der Befugnis, die ihm übertragene Firma fortzuführen, gestört werde, so genügt das hierdurch gegebene Interesse, um auf Grund des § 37 Abs. 2 einen Anspruch auf Schutzmaßregeln gegen den Störenden zu begründen. OLG. Naumburg, R. **01** 210, SächsA. **12** 573.

In dem Versehen von Flaschen mit der Firma eines anderen und dem Inverkehrbringen der so bezeichneten Flaschen liegt nicht der „Gebrauch" der betreffenden Firma, da es dazu Tatsachen bedarf, welche sich unmittelbar auf den Geschäftsbetrieb beziehen und den Willen bekunden, sich bei diesem Betriebe der Firma zu bedienen. **RG.** JW. **01** 309, 310.

Abs. 2. 1. Olshausen 83 ff.: Da das Gesetz allgemein vom Gebrauche der Firma spricht, liegt keine Veranlassung vor, bei der Interpretation dieses Wortes auf § 17 zurückzugreifen und daher einen Gebrauch der Firma nur anzunehmen, wenn jemand unter der angemaßten Firma seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt. Vielmehr soll jeder unbefugte Gebrauch der Firma eines anderen getroffen werden, also auch der darin bestehende, daß Briefe, Anzeigen und Empfehlungen mit ihr versehen werden. Einzige Voraussetzung für den schriftlichen oder mündlichen Gebrauch ist nur, daß diese Tatsachen in unmittelbarer Beziehung zum Geschäftsbetriebe stehen und zugleich den Willen offenbaren, sich der fremden Firma hierbei zu bedienen. Daher ist es kein Gebrauch einer Firma i. S. des § 37, wenn jemand die Firma eines anderen benutzt, um sie im Verkehr als seinen bürgerlichen Namen, nicht aber zu kaufmännischen Zwecken zu führen (83). Ein Gebrauch liegt aber vor, wenn jemand seine Waren mit der Firma eines anderen etikettiert (84).

2. „Unbefugt" wird die Firma nur dann gebraucht, wenn es sich um einen nach den firmenrechtlichen Vorschriften unbefugten Gebrauch handelt, nicht aber dann, wenn z. B. die einem Dritten gegenüber übernommene vertragliche Verpflichtung verletzt wird. In solchem Falle ist nur die Klage aus dem Vertrage gegeben Olshausen 85. A. M. die meisten Kommentatoren — außer Staub Anm. 18 zu § 37 — und Opet 56/57. Über das Verhältnis des § 37 Abs. 2 HGB. zu § 12 BGB. Olshausen 85—87; s. JDR. **1** zu § 12 BGB. (14).

3. Ein unbefugter Gebrauch liegt dann nicht vor, wenn der Zusatz neben dem Namen des Geschäftsinhabers tatsächlich richtige Angaben enthält. Die zusätzliche Aufnahme des örtlichen Sitzes der Firma, welche sich in ihrem Gesamtnamen genügend von der anderen Firma unterscheidet, ist jedenfalls gestattet. **RG.** **54** 183, JW. **03** 183.

4. Nur die ganze Firma genießt den Rechtsschutz des § 37, ein unbefugter Gebrauch einer Firma liegt daher nicht vor, wenn nur einzelne Bestandteile der Firma gebraucht werden. **RG.** SeuffA. **55** 297.

5. Mißbrauch wird mit dem fremden Namen dann getrieben, wenn durch den Gebrauch berechtigte Interessen des Namenträgers, zu denen auch Affektionsinteressen rechnen, verletzt werden. Hierunter fällt auch die Absicht, Reklame zu machen, oder das Publikum zu täuschen. KGBl. **13** 76 (KG.).

6. Es ist nicht unzulässig, eine Firma (auch eine fremde) als Warenzeichen eintragen zu lassen. Die Eintragung einer Firma als Warenzeichen kann sich nicht als Gebrauch der Firma i. S. des § 37 Abs. 2 darstellen. **RG.** DJZ. **03** 477.

7. Auf Grund des § 37 kann auf Löschung eines zur näheren Bezeichnung der Person oder des Geschäfts dienenden Zusatzes zu einer Firma von dem Inhaber einer anderen Firma, welche denselben Zusatz enthält, mit Erfolg nicht geklagt werden, wenn die Firmen in verschiedenen Gemeinden bestehen. **RG.** R. **02** 23.

8. Die ohne Einwilligung der Firma A. Sala bewirkte Eintragung „Sala-Spiel" enthält eine Verletzung des Firmenrechts der Firma A. Sala und ist deshalb zu löschen. „Sala-Spiel" ist keine Sachbezeichnung, die Eintragung dieser Bezeichnung ist deshalb Gebrauch einer fremden Firma. OLG. Hamburg, R. **02** 78.

9. Wenn in der Eintragung einer offenen Handelsgesellschaft in dem Gesellschaftsregister nicht alle Teilhaber der Gesellschaft als solche aufgeführt sind, so steht den nicht Eingetragenen gegen die Eingetragenen auf Grund des § 37 Abs. 2 das Recht zu, die Herbeiführung der Löschung der unrichtigen Eintragung bewirken zu lassen; mit einer Berichtigung derselben brauchen sie sich nicht zufrieden zu geben. Dieses Recht besteht auch dann noch, wenn die Gesellschaft in Liquidation getreten, diese aber noch nicht beendigt ist. **RG.** R. **02** 155.

10. Der Anspruch auf Sicherung einer fremden Firma wird nicht ausreichend damit fundiert, daß das öffentliche Interesse die Unterlassung des Firmenmißbrauchs fordere, ebensowenig genügt ein persönliches Interesse eines einzelnen an der Löschung, sondern es muß die Verletzung eines bestimmten, gesetzlich anerkannten Rechtes, z. B. des Namenrechts, Firmenrechts 2c., vorliegen. OLG. Jena, CBlFrG. **3** 248; **RG.** JW. **02** 27, R. **02** 78, Puchelts Z. **33** 208. Ebenso OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** 173; Ritter 65.

11. Neben der Unterlassungsklage ist für eine Löschungsklage kein Raum. Ritter 65.

12. Das Recht des Kaufmanns auf den ungestörten Gebrauch seiner Firma dient seinem Gewerbeinteresse und ist daher ein Vermögensrecht. **RG.** JW. **01** 652.

## Vierter Abschnitt.
## Handelsbücher.

Literatur: Riesenfeld, Begriff der ersten Jahresbilanz, Gruchots Beitr. **42** 828 ff. — Ritter, Die Allgemeinen Lehren des Handelsrechts. Berlin 1900.

**§ 38.** 1. Nur ein Vollkaufmann, aber auch jeder Vollkaufmann ist zur Buchführung verpflichtet. Lehmann-Ring I 118 Anm. 2.

2. Ist der Inhaber des Geschäfts minderjährig, so ist der Vormund oder der Vater, der im Namen des Mündels das Geschäft führt, verantwortlich. Staub I 187 Anm. 3; ebenso Düringer-Hachenburg I 149 Anm. 2, die indes den Pfleger ausnehmen.

Nach Cosack 62 kann bei einem gesetzlichen Vertreter die Verletzung der durch § 38 begründeten Pflichten strafrechtlich nicht geahndet werden.

3. Ein Haupt- bzw. Kontokurrentbuch ist als Vermögen i. S. des § 23 ZPO. anzusehen. **RG.** JW. **02** 270, R. **02** 326, SeuffA. **57** 293.

**§ 39.** Abs. 1. 1. Die derivativ erworbene Firma ist ein schätzbares Vermögensobjekt und daher zur Aufnahme in die Eröffnungsbilanz als Aktivum geeignet.

Die Bewertung der Firma in der Bilanz durch den, der die Bilanz aufgestellt hat, gilt ihm gegenüber bis zum Beweise des Gegenteils. **RG.** JW. **01** 653.

2. a) Die Bilanz darf nicht aus einer bloßen Gegenüberstellung des Wertes

des Aktivvermögens und des Betrags der Passiva in je einer einzigen Summe mit Angabe des Gewinnes oder Verlustes bestehen, vielmehr muß in ihr mindestens summarisch und in einer die Übersicht des Vermögensstandes ermöglichenden Weise angegeben werden, durch welche Vermögensgegenstände die Aktiva und durch welche Einzelposten die Passiva gebildet werden. KGJ. **20** A 60 (KG.).

b) Die für eine eingetragene Genossenschaft errichtete Bilanz, in deren Passiven die Geschäftsguthaben der Genossen zusammen mit den Geschäftsschulden in einer einzigen Summe ausgeworfen sind, ist nicht gesetzmäßig. Ihre Bekanntmachung wird von dem Registerrichter mit Recht beanstandet. KGJ. **24** A 200 (KG.), RJA. **3** 81, OLG. **4** 479, ThürBl. **50** 51, CBlFrG. **3** 68.

c) In der Bilanz hat nicht der Wert des Geschäfts in seinen Ertragsergebnissen, sondern die einzelnen reellen Vermögensgegenstände nach ihren Werten zur Darstellung zu kommen. Die einzelnen Gegenstände können gar nicht nach ihren Erträgen geschätzt werden, denn die einzelnen Gegenstände als solche geben keinen Ertrag. Sie sind nach dem Werte, den sie für das Geschäft haben, anzusetzen. Der Wert des Geschäfts bestimmt aber keineswegs rückwirkend den Wert der einzelnen Gegenstände. **RG.** Gruchots Beitr. **44** 158.

3. Der commis intéressé hat ein Recht auf Vorlegung der Bilanz und Einsichtnahme der Geschäftsbücher. Die Kosten der Bilanzfeststellung hat der Kaufmann zu tragen, da sich diese als eine im öffentlichen Interesse angeordnete Verbindlichkeit darstellt, die aus der Kaufmannseigenschaft als solcher sich ergibt. Der Prinzipal könnte höchstens einen Betrag des Gehalts kürzen oder Schadensersatz beanspruchen, wenn der commis intéressé seiner dienstlichen Pflicht zuwider nicht die ihm obliegenden Vorarbeiten für die Bilanzziehung geleistet hat. SeuffA. **56** 282 Nr. 157 (KG.), OLG. **2** 94, SächsA. **12** 577.

4. Die Genehmigung einer Bilanz schließt ihre Anfechtung nach allgemeinen Grundsätzen nicht aus. **RG.** JW. **03** 28.

Abs. 2. 1. Das „Geschäftsjahr" braucht nicht mit dem Kalenderjahre zusammenzufallen, darf sich aber in keinem Falle jetzt mehr über eine längere, als eine zwölfmonatliche Betriebsperiode erstrecken. Dagegen kann es einen kürzeren Zeitraum umfassen und muß sogar in der Regel auf einen Jahresbruchteil bei neu errichteten Aktiengesellschaften bemessen werden; denn auch das sogen. „erste" Geschäftsjahr solcher Gesellschaften, d. h. die Zeit von der Eintragung (§ 200 Abs. 1 HGB.) bis zum Beginne des ersten „ordentlichen" Geschäftsjahrs, darf fortan nicht mehr über einen zwölfmonatlichen Zeitraum hinaus ausgedehnt werden. Es kann daher vorkommen, daß dieses sogen. erste Geschäftsjahr de facto nur Wochen, ja selbst Tage umfaßt. Riesenfeld, Begriff der ersten Jahresbilanz, Gruchots Beitr. **42** 828 ff., insbes. 836 ff.

2. Die Dauer des Geschäftsjahrs, für dessen Schluß Inventur und Bilanz aufzustellen sind, darf nach der zwingenden Vorschrift des § 39 nicht 12 Monate übersteigen. Diese Vorschrift bezieht sich auch auf das erste Geschäftsjahr; daß sich alle Aktionäre mit der Erstreckung des ersten Geschäftsjahrs auf die Dauer von 18 Monaten einverstanden erklären, ist unerheblich. BankA. **3** 9 (KG.), ZAktWes. **10** 252, OLG. **7** 1, R. **03** 434.

**§ 40.** 1. Die Bestimmung des § 40 ist keine absolute Zwangsvorschrift. Sie hindert die unter sich einigen Gesellschafter nicht, in ihrem Rechtsverhältnis untereinander für die Dauer der Gesellschaft die Aktien unter ihrem wahren Werte zu bewerten. **RG.** ZAktWes. **10** 91, R. **03** 83, DJZ. **02** 547, JW. **02** 590.

2. Zu den Vermögensgegenständen gehören auch unentgeltlich hergegebene und zum Bahnbau verwendete Grundstücke, selbst wenn sie noch nicht aufgelassen sind. Über ihre Aufmachung in der Bilanz einer Aktiengesellschaft siehe bei § 261. OLG. Naumburg, NaumbAK. **02** 66, Holdheims MSchr. **11** 247.

3. Die Aufnahme sämtlicher Aktiven und Passiven in die Bilanz ist eine wesentliche Voraussetzung für den Begriff der Bilanz. Wenn daher eine Genossenschaft im Statute die Bestimmung hat, daß rückständige Zinsansprüche der Genossenschaft und die Bureaumöbel und Utensilien als Aktiva nicht anzusetzen sind, so involviert dieses Fehlen einzelner Aktivposten in der Bilanz eine Verletzung des § 40 und stellt einen Mangel dar, welcher die Eintragung der Genossenschaft unzulässig macht bzw. gegenüber der eingetragenen Genossenschaft dem Registerrichter das Recht gibt, die Streichung dieser statutarischen Bestimmung zu verlangen. Cohn, DJZ. **03** 442.

**§ 43.** 1. Die Frage, ob Buchführungsarbeiten mit stenographischer Schrift erledigt werden dürfen, bejaht Richter, R. **01** 325, verneint Friedrichs, R. **01** 405 und Schmidt, R. **01** 492.

2. Die Bekanntmachung der Bilanz muß in deutscher Sprache erfolgen. RJA. **2** 175 (KG.). A. A. Tobias, HoldheimsMSchr. **12** 85.

3. Blau, AbürgR. **23** 177: Die hebräische Sprache ist ebenso wie die hebräische Schrift bei der Führung der Handelsbücher und bei den sonst erforderlichen Aufzeichnungen des Kaufmanns zulässig. Die Entscheidung in dieser Frage hängt einzig und allein davon ab, ob man die hebräische Sprache als eine lebende auffaßt oder nicht. Und sie muß als eine lebende Sprache bezeichnet werden, da sie auch heute als Umgangssprache gebraucht wird und eine umfangreiche moderne Literatur (darunter Tageszeitungen) hat. Wenn alle anderen lebenden Sprachen, wie die chinesische und türkische, in der kaufmännischen Buchführung anwendbar sind, so darf die hebräische Sprache und deren Schrift, welch letztere praktisch für Deutschland nicht ohne Bedeutung ist, nicht ausgeschlossen werden.

**§ 45.** 1. Die Vorlegungspflicht des § 45 bezieht sich nur auf Bücher, welche ein Vollkaufmann führt. **RG.** JW. **03** 421.

2. Die Vorlegungspflicht hat nicht zur Voraussetzung, daß der Rechtsstreit eine Handelssache betrifft. Ritter 71.

3. Die Ehefrau kann behufs Feststellung der Aktiven und Passiven der Errungenschaftsgemeinschaft die Vorlage der Geschäftsbücher ihres geschiedenen Ehemanns verlangen. **RG. 50** 334. (Näheres JDR. **1** Ziff. 3 zu § 810 BGB.).

## Fünfter Abschnitt.

### Prokura- und Handlungsvollmacht.

Vorbemerkung: Bemerkenswert ist, wie die Judikatur bei § 55 den Anschauungen des kaufmännischen Lebens einhellig gefolgt ist. Verschiedene OLG. haben übereinstimmend erkannt, daß die Reisespesen zu den vertragsmäßigen Einkünften des Handlungsreisenden gehören, und haben die rechtlichen Folgerungen aus diesem Prinzipe gezogen (§ 55 Abs. 1 Nr. 1).

In der Streitfrage nach dem Begriffe des „Ladens" hat sich das KG. der von Riesenfeld vertretenen weiteren Auffassung angeschlossen. Damit dürfte der Streit wohl erledigt sein (§ 56 Nr. 1).

Literatur: Denzler, Stellung der Filiale, Zürich 1902. — Ritter, Die Allg. Lehren des Handelsrechts, Berlin 1900.

**§ 48.** 1. Die Eintragung ins Handelsregister ist nicht Voraussetzung der Wirksamkeit der Prokura. Düringer-Hachenburg I 175 Anm. II.

2. Gesamtprokura.

Bei Gesamtprokura genügt Zustellung an einen Prokuristen. OLG. **3** 122 (Stettin).

Ist dem Geschäftsinhaber gegenüber eine Willenserklärung abzugeben, so

genügt nicht die Abgabe gegenüber einem der Kollektivprokuristen. Kollektivprokuristen können sich nicht gegenseitig Vollmacht erteilen. Ritter 98.

Gesamtprokuristen sind, soweit nicht ein Handeln Dritten gegenüber in Frage kommt, keineswegs voneinander abhängig und in der inneren Geschäftsverwaltung keineswegs zu gemeinsamem Handeln verbunden. Es besteht deshalb auch keine Pflicht des einen Gesamtprokuristen, die Kassenführung des anderen zu beaufsichtigen. OLG. **7** 381 (Colmar).

**§ 49.** Abs. 1. 1. Die Ermächtigung des Prokuristen umfaßt auch die Fähigkeit, Strafanträge in Angelegenheiten des Geschäfts zu stellen. Staub I 208 Anm. 1; dagegen AG. Pforzheim, BadRpr. **01** 83: Der Prokurist kann nur dann Strafantrag stellen, wenn ihm hierzu besondere Vollmacht erteilt ist.

2. In den Kreis der Handlungen, zu denen der Prokurist nach § 49 ermächtigt ist, fällt auch die Erteilung einer Auskunft an einen Geschäftsfreund über die Kreditwürdigkeit eines Dritten. Für den Schaden, der durch die wissentlich wahrheitswidrige Auskunft angerichtet wird, haftet der Prinzipal. **RG.** Holdheims MSchr. **9** 275, SeuffBl. **65** 402, Gruchots Beitr. **44** 1062.

3. Der Prokurist eines Bankhauses ist berechtigt, mit einem Schuldner seines Prinzipals eine Übereinkunft dahin zu treffen, daß diesem ein Teil seiner Schuld für den Fall erlassen werde, daß er bei der von dem Bankhause gegen einen Dritten betriebenen Zwangsversteigerung von Liegenschaften zur Erzielung eines möglichst hohen Erlöses mitsteigere und die Grundstücke einsteigere. Eine solche Vereinbarung gilt als ein Handelsgeschäft und gehört im Zweifel zum Betriebe des Handelsgewerbes. BayrObLG., R. **02** 78.

4. Der gewöhnliche Betrieb eines Handelsgewerbes bringt es nicht mit sich, daß sich der Prokurist (oder gar ein sonstiger Angestellter) für seine Forderungen dadurch bezahlt macht, daß er Außenstände der Firma an sich selbst abtritt. KGBl. **14** 97 (KG.), R. **03** 582.

Abs. 2. 1. Die Ermächtigung des Prokuristen — auch des Kollektivprokuristen — zur Belastung und Veräußerung von Grundstücken kann im Handelsregister eingetragen werden. BankA. **2** 110 (KG.), OLG. **6** 186, CBlFrG. **4** 138, KGJ. **26** A 256, ZAktWes. **10** 201, RJA. **3** 231, Goldschmidts Z. **54** 271.

2. Bei Kauf eines Grundstücks für die Firma erscheint der Prokurist befugt, für den Kaufpreis auf das Kaufobjekt eine Hypothek zu bewilligen, es dient diese Bewilligung lediglich zum Abschlusse des ihm erlaubten Kaufvertrags. Die Stellung eines Prokuristen ist in diesem Falle eine ähnliche wie die des Inhabers der elterlichen Gewalt. Kaiser, BadRpr. **02** 314.

3. Ist nach den Statuten einer Aktiengesellschaft bei Grundstücksverkäufen eine Vertretung durch ein Vorstandsmitglied und einen Prokuristen vorgeschrieben, so bleibt der Prokurist dennoch der im § 49 Abs. 2 vorgesehenen Beschränkung unterworfen. Jedoch ist festzustellen, ob etwa die besondere Ermächtigung zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken als stillschweigend erfolgt zu gelten hat. LG. Dresden, CBlFrG. **1** 974.

**§ 50.** Abs. 3. 1. Die Bedeutung dieser Vorschrift ist nur die: Der Prokurist des einen Geschäfts kann zwar auch solche Rechtshandlungen vornehmen, die nicht zu diesem, sondern zu einem anderen Geschäfte des Inhabers gehören; aber begründete Rechtsbeziehungen dieses anderen Geschäfts können durch Handlungen des Prokuristen oder gegenüber dem Prokuristen nicht beeinflußt werden. Ritter 99.

2. Betreibt ein Geschäftsinhaber mehrere Niederlassungen mit verschiedenen Firmen (event. auch i. S. des Abs. 3), so ist eine Prokura auf die eine Nieder=

lassung beschränkt, wenn sie für deren Firma allein erteilt ist. OLG. **6** 1 (KG.), Staub, HGB. § 50 Anm. 3, § 53 Anm. 5, Makower, HGB. § 50 Anm. 3c.

3. Als Zusatz zur Firma der Zweigniederlassung i. S. des § 50 Abs. 3 Satz 2 genügen die Worte „Filiale Stettin". OLG. **3** 122 (Stettin).

4. Eine Prokura kann auch wirksam nur auf die Hauptniederlassung erstreckt und von der Vertretung der Zweigniederlassung ausgeschlossen werden, indem die Prokura bloß in das Handelsregister der Hauptniederlassung eingetragen wird. Denzler 204.

**§ 51.** Führt ein Prokurist den nämlichen Namen wie die von ihm vertretene Firma, so wird aus einem Schriftstücke, das er mit seinem Namen ohne Angabe des Prokurenverhältnisses unterzeichnet, nur er verpflichtet. Die Firma ist nicht um deswillen haftbar, weil sie keine Vorkehrungen getroffen hat, aus denen es für jeden Dritten ersichtlich ist, ob er mit ihr oder mit dem Prokuristen abgeschlossen hat. **RG.** Holdheims MSchr. **9** 127.

§ 51 HGB. ist nur als Ordnungsvorschrift aufzufassen. Eine vom Prokuristen ohne Bezeichnung seiner Prokuristenqualität abgegebene Wechselunterschrift mit dem Namen der Firma ist nicht aus dem Grunde nichtig, weil sie der Vorschrift des § 51 nicht entspricht. **RG. 50** 51; OLG. **3** 350 (Hamm).

**§ 53.** Die Gebührenermäßigung des § 73 Abs. 2 PrGKG. tritt ein, wenn auf Grund derselben Anmeldung mehrere Eintragungen, die sich auf verschiedene Prokuren desselben kaufmännischen Unternehmens beziehen, sämtlich in Abteilung A oder sämtlich in Abteilung B des Handelsregisters desselben Gerichts erfolgen. KGJ. **21** B 11.

**§ 54.** 1. Eine Handlungsvollmacht ist auch die Vollmacht zur Vornahme eines einzelnen zu einem Handelsgewerbe gehörenden Geschäfts. Ritter 95.

2. a) Wenn ein Prinzipal es zuläßt, daß ein anderer sich als sein Handlungsbevollmächtigter geriert, so ist damit die Handlungsvollmacht als erteilt anzusehen. Im Versicherungsgeschäfte wird eine generelle Vollmacht zum Abschlusse von Versicherungsverträgen dann für vorliegend zu erachten sein, wenn der Agent befugt ist, allein die Polize zu unterschreiben und dem Versicherungsnehmer auszuhändigen. **RG. 50** 75, JW. **02** 96.

b) Auch stillschweigende Erteilung einer Inkassovollmacht ist rechtlich wirksam. Es muß aber nicht sowohl die bona fides des Zahlenden bezüglich der Inkassobefugnis feststehen, als vielmehr die objektive Begründetheit der internen Vollmachtsbeziehungen zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **02** 207, R. **02** 487.

c) Schließt ein Handlungsagent im einzelnen Falle auf Grund besonderer Vollmacht von seiner Firma für diese mit einem Dritten ab, so ist der Agent insoweit Handlungsbevollmächtigter der Firma, und nicht er, sondern nur diese wird aus dem Vertrage verpflichtet. **RG.** DJZ. **02** 345.

3. a) Staub I 218 Anm. 11 meint, daß ein Kaufmann, welcher Telephonanschluß besitzt, durch dieses Verhalten alle seine Angestellten Dritten gegenüber zur Abgabe derjenigen Erklärungen ermächtigt, welche dieselben tatsächlich durch das Telephon abgeben, denn der Dritte muß sich darauf verlassen können, daß kein Unberufener das Telephon benutzt; dagegen Goldmann I 246 Anm. 1 III 2c, Lehmann-Ring I 141 Nr. 6, Makower 97, Düringer-Hachenburg I 185 III.

Eine stillschweigende Ermächtigung zur Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen an alle Angestellten liegt in der Anlage eines Telephons gewiß nicht und kann auch von Dritten nicht darin gefunden werden. OLG. Hamburg, HansGerZ. **02** 71.

b) Es ist Sache des Kaufmanns, sich darüber zu vergewissern, ob einem Dienstboten die Ermächtigung erteilt ist, Waren auf Kredit zu entnehmen; hat

der Dienstbote den Kaufmann getäuscht, indem er durch den Fernsprecher sich als die Frau des Dienstherrn ausgab, mit der Anfrage, ob der Kaufmann ihr für zu entnehmende Ware ein Kontobuch einrichten wolle, und auf die Zusage des Kaufmanns erklärt, sie werde am nächsten Tage ihr Mädchen schicken und Waren holen lassen, so haftet der Dienstherr nicht für die infolge dieser Täuschung dem Dienstboten auf Kredit verabfolgten Waren. Er haftet auch nicht aus der Bereicherung, wenn der Dienstbote das Geld zur Bezahlung der Waren von ihm erhalten hat. Nur wenn die Herrschaft die Entnahme von Waren auf Kredit gegen Eintragung in ein Buch gestattet hätte, würde sie auch für den Mißbrauch haften. LG. Frankfurt a. O., KGBl. **12** 62.

4. Die besondere finanzielle Tragweite eines Geschäfts kann dieses als außerhalb des von einem Handlungsreisenden verwalteten Geschäftskreises und damit außerhalb der Handlungsvollmacht des Reisenden liegend erscheinen lassen, da die Handlungsvollmacht nur auf das geht, was der Geschäftsbetrieb gewöhnlich mit sich bringt. **RG. 52** 89, JW. **02** 424; ebenso OLG. Karlsruhe, BadRpr. **02** 274.

**§ 55.** Abs. 1. 1. Die Reisespesen gehören regelmäßig zu den vertragsmäßigen Einkünften des Handlungsreisenden, sie dürfen ihm daher nicht grundlos entzogen werden. Deshalb kann der Reisende verlangen, daß er — im Rahmen des Interesses des Geschäfts — regelmäßig zum Reisen verwendet und nicht willkürlich zu Hause zürückgehalten werde. OLG. **7** 148 (Dresden).

Da die Reisespesen u. a. auch dazu dienen, den gesamten Lebensunterhalt des Reisenden während der Reisezeit zu bestreiten, so wird er, wenn ihn der Prinzipal vertragswidrig nicht reisen läßt, insofern geschädigt, als er nunmehr seinen Lebensunterhalt vom eigenen Gelde bezahlen muß. Insoweit bilden die Spesen einen integrierenden Bestandteil der ihm vertraglich zugesicherten Emolumente und dürfen ihm nicht willkürlich entzogen werden. OLG. **2** 311, **6** 464, 465 (KG., Celle, Darmstadt); R. **03** 556, OLG. Frankfurt; HansGerZ. **00** 152, OLG. Hamburg; s. auch § 59 e.

Die Ansprüche des gemäß § 70 grundlos entlassenen Reisenden erstrecken sich auch auf Ersatz eines Teiles der Reisespesen. OLG. Dresden, R. **03** 268, OLG. Hamburg, HansGerZ. **00** 140; vgl. § 59e.

2. Der Handlungsreisende hat an den Mustern des Prinzipals das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. sowohl während des Bestehens als nach Auflösung des Dienstvertrags, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendung auf die Muster zusteht. Für andere fällige Forderungen wird ihm in der Regel ein Zurückbehaltungsrecht während der Dauer des Dienstvertrags nicht zustehen, weil sich dies mit der durch den Dienstvertrag bedingten Gehorsamspflicht nicht vertrüge, wohl aber steht ihm dies Recht nach Auflösung des Dienstvertrags und Endigung der Gehorsamspflicht zu. OLG. **6** 350 (Kolmar).

3. Der Reisende, dem Vertrauensspesen bewilligt worden sind, darf selbstverständlich nicht jeden beliebigen Betrag in Rechnung stellen, sondern nur einen angemessenen Betrag. Die Bewilligung der Vertrauensspesen bedeutet nur, daß er nicht verpflichtet ist, die Verausgabung der in ihrem Gesamtbetrag an sich angemessenen Beträge im einzelnen darzulegen und nachzuweisen. Dem Geschäftsherrn ist aber der Einwand nicht zu versagen, daß der Reisende weniger verbraucht habe, als er angibt, oder daß der Verbrauch unangemessen hoch sei. OLG. Dresden, R. **03** 268, ZAktWes. **10** 280.

4. Genehmigt der Prinzipal das von seinem Handlungsreisenden geschlossene Geschäft, so muß er es so gegen sich gelten lassen, wie jener es geschlossen hat, auch wenn er es ihm falsch übermittelt hat. Der Gegenkontrahent

darf davon ausgehen, daß der Vertreter die Bestellung richtig weitergibt. OLG. Braunschweig, DJZ. **03** 408.

5. Solange der Handlungsgehilfe dem Gegenkontrahenten nicht mitteilt, daß er im eigenen Namen kaufen wolle, gilt der Kauf als mit dem Inhaber der Firma abgeschlossen, welche der Gehilfe vertritt. Beschränkungen der Handlungsvollmacht braucht der Gegenkontrahent nur gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie kannte oder kennen mußte. OLG. **7** 382 (Posen).

Abs. 2. Die Berechtigung des Reisenden, den Kaufpreis aus den von ihm abgeschlossenen Verkäufen einzuziehen, wird durch den Vermerk auf der Rechnung beseitigt: „Zahlung belieben Sie stets an uns direkt zu leisten." LG. Halle, NaumbAK. **02** 16, R. **02** 185.

**§ 56.** 1. In der Streitfrage, ob unter „Laden" nur Detailverkaufslokale oder alle offenen Geschäftslokale verstanden werden, entscheiden sich für erstere Ansicht: Merzbacher, DJZ. **01** 278, und für letztere Ansicht: DJZ. **01** 215 (KG.) und Riesenfeld, PreußVerwBl. **21** 373.

Merzbacher definiert mit dem PrOVG. (Entsch. i. Staatsst.S. **1** 300) den Laden als ein Verkaufslokal, in welchem die zur Abgabe an etwa erscheinende Kunden vorhandenen Warenvorräte im Kleinverkehr an die Eintretenden ohne vorherige Bestellung durch in den Laden angestellte, ohne weiteres zu den gewöhnlichen Verkäufen und Empfangnahmen legitimierte Personen abgegeben werden.

Riesenfeld dagegen betrachtet als Läden auch die Bureaus der Banken, Sparkassen, Kreditanstalten, Vorschußvereine, Werkstätten der Handwerker, Kontore der Engroskaufleute, der Kommissionäre, der Spediteure, der Schiffsverladungsgeschäfte, der Lotterieeinnehmer, die Vermietungsbureaus, die Zeitungsexpeditionen und alle anderen dem täglichen Geschäftsverkehr dienenden Lokalitäten, in denen ein Gewerbebetrieb stattfindet.

Ebenso faßt das KG. als Laden jedes Geschäftslokal auf, in welchem Waren feilgeboten werden und in welches jeder Kauflustige Einlaß erhält.

2. Auch ein Handlungslehrling, der im Laden seines Prinzipals als Verkäufer angestellt ist, ist als Bevollmächtigter bezüglich aller Verkäufe anzusehen, die in einem derartigen Laden gewöhnlich geschehen. **RG.** (Straff.), SeuffBl. **65** 15.

## Sechster Abschnitt.

## Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge.

Vorbemerkung: Zu lebhaften Erörterungen hat die Frage Anlaß gegeben, ob nicht nur Abs. 2, sondern auch Abs. 1 des § 63 ius cogens enthält. In der Theorie steht Weißler mit seinen recht überzeugenden Argumenten allein da, in der Praxis aber haben sich ihm unter ausdrücklicher Berufung auf seine Gründe drei Zivilkammern des LG. I Berlin angeschlossen. Urteile anderer LG. habe ich in keiner Zeitschrift ermitteln können (§ 63 Nr. 5).

Während das preußische Recht den einfachen und daher für die Praxis brauchbaren Grundsatz enthielt, daß die sofortige Kündigung unter allen Umständen das Dienstverhältnis zur Endigung bringt, gilt jetzt das Prinzip, daß nur die gerechtfertigte Kündigung diese Wirkung hat (Denkschr. 61). Damit ist für die Praxis eine schwierige Lage geschaffen; denn gerade darüber, ob die Kündigung gerechtfertigt sei oder nicht, wird meist zwischen Prinzipal und Kommis eine Meinungsverschiedenheit bestehen; letzterer wird sie für ungerechtfertigt halten und muß sich deshalb auf den Standpunkt stellen, daß das Dienstverhältnis noch nicht beendigt sei. Wie weit er infolgedessen aber seine Dienste dem Prinzipale noch anbieten muß, darüber gehen die Meinungen wie zu § 615 BGB., so auch hier auseinander (vgl. § 70 Nr. 8). Die vom Gesetze geschaffene Schwierigkeit wird

wohl noch zu weiteren Entscheidungen Anlaß geben, heute kann von einer herrschenden Meinung noch nicht gesprochen werden. Übrigens hat auch der § 626 BGB. für das bürgerliche Recht die gleiche Streitfrage gezeitigt, wie die dort (s. JDR. 2 zu § 626 BGB. Note 1) verzeichneten Ausführungen erkennen lassen.

An den Wortlaut des § 73 „Bei der Beendigung des Dienstverhältnisses kann der Handlungsgehilfe ein schriftliches Zeugnis fordern", knüpft sich die Streitfrage, wann er sein Zeugnis verlangen kann. Vgl. die verschiedenen Äußerungen von Theorie und Praxis bei § 73a. Man wird sich der Ansicht Staubs und anderer anschließen können, welche für möglichst weitgehende Interpretation der umstrittenen Worte sind.

Bei dieser Gelegenheit sei gleichzeitig bezüglich der gesamten Streitfragen aus dem § 77 auf das reichhaltige Material, das zu dem fast gleichlautenden § 630 BGB. in JDR. **1** und besonders 2 veröffentlicht ist, hingewiesen, wie es sich überhaupt empfehlen dürfte, das zum Dienstvertrage gebrachte Material überall an den einschlägigen Stellen auch hier zur Vergleichung heranzuziehen. Einzelne Verweisungen sind im folgenden angebracht worden.

Welche fühlbare Lücke des alten HGB. die §§ 74, 75 ausgefüllt haben, beweist das Vorliegen der zahlreichen Entscheidungen, die zu diesen Paragraphen, insbesondere über Auslegung und Grenzen des Konkurrenzverbots, ergangen sind.

Literatur: Baum, Handbuch für Gewerbegerichte, Berlin 1904. — Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Leipzig 1902. — Reinshagen, Die Konkurrenzklausel des Handlungsgehilfen, Leipzig 1903. — Ritter, Allgemeine Lehren des Handelsrechts, Berlin 1900.

**§ 59.** a) Der Vertrag des Handlungsgehilfen.

Der Arbeitsvertrag, durch welchen ein Handlungsgehilfe „angestellt" oder „angenommen" wird, kann für einen Dienstvertrag gehalten werden. Soweit danach die Regelung, die dieser Vertrag vom HGB. erhalten hat, nicht hinreicht, mag sie ergänzt werden von den Dienstvertragsregeln des BGB.; auch die GewO. greift ergänzend ein.

Der Prinzipal muß ein Kaufmann sein. Ob der Arbeitgeber ein Einzelkaufmann oder eine Handelsgesellschaft ist, ist für diesen Arbeitsvertrag belanglos. Der Handlungsgehilfe einer Aktiengesellschaft hat diese zum Prinzipal und nicht die Vorstandsmitglieder. Denn zum Vorstandsmitgliede steht er nicht im Dienstverhältnisse. Wegen Mangels der Kaufmannseigenschaft liegt der in Rede stehende Typus von Arbeitsvertrag nicht vor, obwohl der Arbeitnehmer kaufmännische Dienste zugesagt hat, wenn der Arbeitgeber z. B. ein Landwirt ist, der nicht in das Handelsregister eingetragen ist, eine Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit, eine Krankenkasse, Berufsgenossenschaft, Invalidenversicherungsanstalt, städtische Sparkasse, ein Rechtsanwalt, ein Notar. Lotmar 289/291. S. auch JDR. **2** zu §§ 611 ff., 621 ff. BGB.

b) Begriff des Handlungsgehilfen.

1. Handlungsgehilfen sind diejenigen Gehilfen eines Kaufmanns, welche ihm kaufmännische Dienste leisten, d. h. Dienste, zu denen diejenige Schulung und Fertigkeit gehört, welche man in ihrer Vollendung die kaufmännische Tüchtigkeit nennt. OLG. **1** 72 (KG.).

Der Handlungsgehilfe ist nicht ohne weiteres verpflichtet, Dienste außerhalb des Geschäftslokals zu leisten. LG. Berlin, KGBl. **12** 19; auch SächsA. **11** 573. S. auch JDR. **2** zu § 611 BGB. Ziff. 8d.

2. Der Bufetier, welchem die mit einem Restaurant in Verbindung stehende Kantine zur Bewirtschaftung übergeben worden ist, ist Handlungsgehilfe und nicht Gewerbetreibender, selbst wenn er einzelne Speisen und Getränke für eigene Rechnung ein- und verkauft. OLG. Naumburg, SeuffA. **57** 392.

Der Geschäftsführer eines Schankwirts, welchem die Sorge für den erfolgreichen Betrieb der Schankwirtschaft übertragen ist, ist als Handlungsgehilfe anzusehen. KGBl. **11** 21 (KG.), SächsA. **10** 392, Baum 102, SeuffA. **55** Nr. 215.

Handlungsgehilfe ist auch eine Person, welche das Personal von Restaurationsfilialen zu beaufsichtigen und die Vorräte unter die Filialen zu verteilen hat. OLG. **1** 72 (KG.).

3. Kein Handlungsgehilfe ist der im Geschäft eines Kaufmanns tätige Stenograph, welchem es gleichzeitig als Registrator obliegt, die bureaumäßige Ordnung der Geschäftspapiere herbeizuführen und aufrechtzuerhalten, da diese Tätigkeit auch von Personen ohne kaufmännische Vorbildung ausgeübt werden kann. KGBl. **11** 21 (KG.), auch SächsA. **10** 391.

4. Gleichgültig ist es, ob die kaufmännischen Dienste rein mechanischer Natur sind, wenn die Dienste nur von einem kaufmännischen Angestellten bei Ausübung seiner eigentlichen kaufmännischen Tätigkeit geleistet werden. So ist eine Angestellte, welche in einem kaufmännischen Geschäfte nach Diktat stenographiert und die Schreibmaschine handhabt, Handlungsgehilfin. LG. Hamburg, HansGerZ. **00** 165.

5. Ein Waterklerk, d. i. ein Angestellter, welcher den Abschluß von Handelsgeschäften mit den in einem Hafen verkehrenden Seeschiffen für seinen Prinzipal zu vermitteln hat, ist Handlungsgehilfe, auch wenn er mit Genehmigung seines Prinzipals für andere Kaufleute derartig tätig ist. OLG. Hamburg, DJZ. **00** 100.

6. Die Anstellung als Vorsteher einer Filiale bedingt als solche ein Abhängigkeits- und Dienstverhältnis; der also Angestellte ist daher weder selbständiger Kaufmann, noch Agent, sondern Handlungsgehilfe. **RG.** Holdheims MSchr. **11** 115, JW. **02** 173.

7. Bei einer Direktrice im Putzgeschäft überwiegen die kaufmännischen Dienste derart die technischen, daß sie als Handlungs- und nicht als Gewerbegehilfin anzusehen ist. Überhaupt ist in allen Fällen, in denen der Gehilfe sowohl kaufmännische als auch gewerbliche Dienste leistet, seine Rechtsposition danach zu bestimmen, welche Tätigkeit sich als die überwiegende darstellt. OLG. **6** 348 (Braunschweig).

Ein Schaufensterdekoratur ist Handlungsgehilfe. LG. Duisburg, Gew. Ger. **7** 211, Baum 96.

Umgekehrt gilt die technische Leiterin eines Damenkleidergeschäfts als Angestellte im Gewerbebetriebe, nicht als Handlungsgehilfin. OLG. Colmar, Els. LothrZ. **27** 494.

8. Nicht sind Handlungsgehilfen:

Straßenbahnschaffner. LG. München, GewGer. **5** 76, Baum 106;
Omnibusschaffner. LG. I Berlin, KGBl. **2** 63, Baum 106;

wohl aber sind es:

Platzanweiser auf dem Stätteplatz eines Steinhändlers. KGBl. **12** 106 (KG.), Baum 107, OLG. **3** 329;
Angestellte einer Auskunftei. GG. München, Baum 109.

9. Befinden sich in einer Apotheke Gehilfen, die nur kaufmännische Dienste leisten, so sind sie Handlungsgehilfen. Gewerbegehilfen sind nur die eigentlichen Pharmazenten. BayrObLG., SeuffBl. **66** 17.

c) Umfang der Dienstleistungen.

1. Art und Umfang der Dienstleistungen richten sich in erster Reihe nach den besonderen Vereinbarungen, soweit solche nicht bestehen, nach dem Ortsgebrauch, in dessen Ermangelung gelten die den Umständen nach angemessenen Leistungen als vereinbart. Goldmann I 276 Anm. 2.

2. Das Dienstverhältnis ist seiner Natur nach höchstpersönlicher Art. Z. B.: Gehört es zum Geschäftsbetriebe des Prinzipals, Maschinen zu verleihen und vom eigenen Personale bedienen zu lassen, so ist der Dienstverpflichtete darum noch nicht verpflichtet, seine Dienste jetzt dem Mieter der Maschine zu leisten, es sei denn daß diese Verpflichtung ausdrücklich im Engagement bedungen ist. LG. I Berlin, KGBl. 12 19, SächsA. 12 573.

3. Verzichtet der Prinzipal auf die ferneren Dienste des Handlungsgehilfen, so kann er nicht verlangen, daß der Gehilfe bis zum Ablaufe der Kündigungsfrist täglich zweimal, um kontrolliert zu werden, im Geschäft erscheine. Nur um Auskunft über geschäftliche Fragen zu erhalten, darf er ihn zu sich rufen. SächsOLG. 22 258.

4. Für Entscheidung der Frage, ob die Ergebnisse der Erfindertätigkeit eines Angestellten diesem oder seinem Chef gehören, ist maßgebend, ob das Resultat der Erfindung in den Rahmen seiner Dienstobliegenheiten gehört, OLG. 6 2 (Hamburg), ob der Beamte zur Entfaltung erfinderischer Tätigkeit angestellt ist oder nicht. OLG. 7 382 (Hamm). Vgl. JDR. 2 zu § 611 BGB. Ziff. 8a.

d) Der commis intéressé.

1. Der commis intéressé kann nicht Tantième von abgeschriebenen aber nachträglich eingegangenen Außenständen nachfordern; denn die bei Aufrechnung der Jahresbilanz abgeschriebenen Beträge können bei nachträglichem Eingange nicht unter den Gewinn des vergangenen Jahres gebucht werden. OLG. 2 248 (Hamburg).

2. Der commis intéressé, der Tantième als Vergütung erhält, hat keinen Anspruch auf Rechnungslegung, wohl aber hat er einen Anspruch auf Vorlegung einer Bilanz und Einsichtnahme der Geschäftsbücher zum Zwecke der Nachprüfung dieser Bilanz. Die Kosten der Bilanz hat der Geschäftsherr zu tragen, mag auch der Handlungsgehilfe zum Entwurfe der Bilanz verpflichtet sein. OLG. 2 94 (KG.); vgl. ROHG. 1 194, 17 275, 19 121.

3. Auf das zwischen dem Geschäftsherrn und dem gewinnbeteiligten Handlungsgehilfen bestehende Verhältnis ist auch eine nur entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Gewinnverteilung unter den offenen Handelsgesellschaftern §§ 120, 121 unzulässig. RG. JW. 00 18 Nr. 27.

Der commis intéressé ist nicht Gesellschafter des Geschäftsherrn. Er kann nicht fordern, daß der Geschäftsherr bei irgendwelchen Maßnahmen ihn um seinen Rat oder seine Zustimmung angehe, oder ihm über seinen Geschäftsbetrieb förmlich Rechnung lege. Nur Mitteilung des Gewinnergebnisses und Einsicht in die Geschäftsbücher zwecks Prüfung dieser Mitteilung kann er verlangen. Cosack 104 Nr. 4γ.

e) Handlungsreisende.

1. Handlungsreisende sind im Zweifel nicht verpflichtet, andere Dienste zu leisten als solche, die ihre Reisen betreffen. Ritter 105.

2. Die Frage, ob der Prinzipal verpflichtet sei, den Reisenden auf die Reise zu schicken, hat im Gesetz ihre Regelung nicht gefunden. Im Komm.Ber. 21 ist gesagt, daß diese Frage am besten der Judikatur überlassen bleibe; vgl. o. § 55 Abs. 1 Nr. 1.

Der Handlungsreisende hat kein Recht, dauernd auf die Reise geschickt zu werden; läßt ihn aber der Prinzipal vertragswidrig nicht reisen, so wird er dem Reisenden insoweit schadenspflichtig, als dieser nunmehr seinen Lebensunterhalt mit eigenem Gelde bezahlen muß. So auch Staub I 249 Anm. 27, Lehmann-Ring I 164 Nr. 3, OLG. Zweibrücken, Holdheims MSchr. 12 210, Puchelts Z. 31 291; ferner OLG. Marienwerder, SeuffA. 57 26, PosMSchr. 01 200.

Der Handlungsreisende hat kein Recht, dauernd auf die Reise geschickt zu werden, wenn das Reisen im Geschäftsinteresse nicht erforderlich ist; er ist in der Ferienzeit zu Comptoirarbeiten verpflichtet; nur dann ist er berechtigt, diese Arbeiten zurückzuweisen, wenn er als „Reisender“ angestellt und der Prinzipal ihn nur zu Comptoirarbeiten heranziehen will.

3. Reisespesen sind, wenn der Prinzipal vertragswidrig nicht reisen läßt, insoweit zu vergüten, als sie einen Teil der vereinbarten Vergütung bilden. Ritter 108.

**§ 60.** 1. Die Vorschrift ist dispositiver Natur. Die Beschränkung der Handlungsgehilfen kann noch über die Bestimmung des § 60 hinaus erstreckt werden. RG. JW. **00** 662, DJZ. **00** 503.

2. Unter das Verbot des § 60 fallen nicht Vorbereitungshandlungen eines abgehenden Handlungsgehilfen für den künftigen Geschäftsbetrieb, wie Anbringung von Geschäftsschildern mit der künftigen Firma, Anschaffung von Maschinen, Bestellung von zu verkaufenden Waren. OLG. **3** 80, SächsA. **12** 573 (Dresden); ebenso auch Staub I 252 Anm. 3.

Die Tätigkeit eines Handlungsgehilfen, für welche er im Falle des Zustandekommens des Geschäfts von einem Konkurrenten seines Prinzipals Provision erhalten sollte, fällt unter das „Geschäftemachen“ i. S. des § 60, gleichviel ob das Geschäft zustande gekommen ist oder nicht. OLG. **1** 228 (KG.).

Zu Abs. 2. Zur Vereinbarung gehört eine übereinstimmende beiderseitige Willenserklärung des Prinzipals wie des Handlungsgehilfen. Ein einseitiger Protest des Prinzipals gegen den weiteren selbständigen Gewerbebetrieb des Handlungsgehilfen ist dann nicht wirksam, wenn letzterer dem Proteste keine Folge gibt. Gareis Anm. 7.

**§ 61.** 1. Von dem Wahlrechte des § 61 gilt ebenfalls die Regel des § 263 BGB., daß durch die Wahl der einen der vom Handlungsgehilfen alternativ geschuldeten Leistungen das Schuldverhältnis auf die gewählte Leistung unwiderruflich konzentriert wird. OLG. **7** 149 (Hamburg), HansGerZ. **03** 188, R. **03** 486.

2. Der Einkäufer ist verpflichtet, die ihm von einem Lieferanten mit Rücksicht auf zukünftige Abschlüsse gemachten Zuwendungen sogen. Umsatzprovisionen an den Prinzipal herauszugeben; jedoch nicht auf Grund der Vorschriften des § 61 HGB., sondern auf Grund der §§ 667, 675 BGB. OLG. Hamburg, HansGerZ. **01** 145.

**§ 62.** 1. Geschäftsräume sind dasjenige örtliche Gebiet, in welchem die Tätigkeit des Handlungsgehilfen ausgeübt wird. Düringer-Hachenburg I 208 Anm. II. Nach Goldmann I 304 Anm. 1 II 1a umfassen die Geschäftsräume überhaupt alle diejenigen Räume, in welchen das Geschäft des Prinzipals betrieben wird. Es gehören dazu auch die Treppen, Leitern, Stege, welche zu den Lagerräumen, Läden, Böden 2c. führen.

2. Daß dem Handlungsgehilfen während seiner Tätigkeit auch eine Sitzgelegenheit zu gewähren sei, geht aus dem Komm.Ber. 25 hervor.

3. Der § 62 hat rückwirkende Kraft auf Schuldverhältnisse, welche vor dem Inkrafttreten seiner Vorschriften entstanden sind. RG. **42** 97, JW. **98** 665.

4. Die Pflicht des Prinzipals aus § 62 erstreckt sich auch auf den Schutz gegen Gefahren für Leib und Leben, welche aus Bränden in Geschäftsräumen erwachsen können (Warenhausbrand). RG. BadRpr. **03** 261.

5. Ist ein religionsmündiger und nicht mehr erziehungsbedürftiger Mündel als Handlungsgehilfe mit Ermächtigung des Vormundes in Dienst getreten, so kann der Vormund diese Ermächtigung nicht deshalb zurückziehen, weil der Mündel in der gedachten Stellung den Ritualvorschriften seiner Religion nicht

vollständig nachleben kann, z. B. am Sabbath arbeiten muß. KGJ. 23 A 8 (KG.), R. 02 269.

**§ 63.** 1. Nach Staub I 260 Anm. 2 ist eine durch geschlechtlichen außerehelichen Verkehr hervorgerufene Krankheit stets als verschuldetes Unglück anzusehen; dagegen liegt z. B. ein unverschuldetes Unglück vor, wenn der Kommis sich beim Tanzen oder Radfahren das Bein bricht.

2. Die sechswöchige Frist des § 63 läuft mit dem Tage, welcher folgt auf den Tag der Endigung der Dienstleistung. OLG. 3 77, BadRpr. 01 234 (Karlsruhe); ebenso LG. Karlsruhe, BadRpr. 01 43.

Die sechswöchige Frist läuft vom Tage der Dienstunfähigkeit, nicht erst vom Tage der Kündigung.

3. Ist eine vierwöchige Kündigungsfrist zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen verabredet, so unterliegt der letztere der Krankenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 und § 4 Ges. v. 10. 4. 92, da die dem Handlungsgehilfen nach § 63 zustehenden Rechte verkürzt sind. Die Kürzung der Kündigungsfrist hat zur Folge die Verkürzung der Versorgung des Gehilfen in Krankheitsfällen; denn mit Ablauf des Dienstverhältnisses, welches nach der Kündigungsabrede mit der Frist von 4 Wochen herbeigeführt werden kann, entfällt der Anspruch des Gehilfen auf Gehalt und Unterhalt. RG. JW. 01 460 Nr. 9. Desgl. OLG. 2 192 (KG.), SächsA. 12 873, Hahn, Arbeiterversorgung 14 Nr. 6, Hamburger 15 Nr. 22. A. A. Horwitz, DJZ. 01 252.

4. Macht der Prinzipal von seinem Rechte, dem Handlungsgehilfen wegen andauernder Krankheit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen (§ 72 Nr. 3), keinen Gebrauch, so ist er zur Zahlung des Gehalts nicht auf die Dauer von 6 Wochen, sondern bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses verpflichtet. LG. I Berlin, KGBl. 11 32.

A. A. Staub, KGBl. 11 37: Die Anwendbarkeit des § 63 ist nicht davon abhängig, daß der Prinzipal von dem Rechte des § 72 Gebrauch gemacht hat.

5. Eine Vereinbarung zwischen dem Geschäftsherrn und dem Handlungsgehilfen dahingehend, daß der Handlungsgehilfe im Krankheitsfalle sich Gehaltsabzüge gefallen lassen muß, ist nichtig, obgleich eine derartige Vereinbarung verbietende Bestimmung bei Abs. 1 nicht ausdrücklich gegeben ist. Ein ausdrückliches Verbot abweichender Vereinbarung findet sich nur in Abs. 2 dahingehend, daß der Abzug der Krankenkassenunterstützung nicht verabredet werden darf. Darf aber dieser Teil des Gehalts nicht abgezogen werden, so darf erst recht nicht der ganze Gehalt abgezogen werden. Aus der zwingenden Natur des Abs. 2 folgt also die zwingende Natur des Abs. 1. Weißler, DJZ. 01 405, 478, 03 291; LG. I Berlin, KGBl. 13 86, ZAktWes. 10 163; LG. I Berlin, KGBl. 14 22. Dagegen Friedberg, DJZ. 01 478, Kaufmann, DJZ. 03 218, Staub, Goldmann, Düringer-Hachenburg, Lehmann-Ring, HGB. zu § 63, Nathan, Holdheims MSchr. 12 202.

6. Unter „Gehalt" ist hier Vergütung zu verstehen, also auch Provision und Tantième. Ritter 111.

7. Vgl. JDR. 2 zu § 616 BGB.

**§ 64.** 1. Nach Fälligkeit des Gehaltsanspruchs kann Stundung der Zahlung wirksam vereinbart werden. Ritter 109.

Ebenso auch Düringer-Hachenburg I 215 Anm. I; dagegen Staub I 263 Anm. 2, welcher eine Vereinbarung, nach welcher der Handlungsgehilfe sein fälliges Gehalt beim Prinzipal stehen läßt, für ungültig erklärt.

2. Eine Weihnachtsgratifikation stellt, auch wenn sie fest versprochen ist, immer nur eine Nebenvergütung für zufriedenstellende Leistungen im Interesse des Prinzipals dar. Handelt der Handlungsgehilfe aber diesem Inter-

esse zuwider, indem er das Dienstverhältnis kündigt, um in ein Konkurrenzgeschäft einzutreten, so steht ihm ein klagbarer Anspruch auf die Weihnachtsgratifikation nicht zu. LG. I Berlin, KGBl. **11** 107.

3. Der Prinzipal kann gegen eine 1500 M. jährlich nicht übersteigende Gehaltsforderung des entlassenen Handlungsgehilfen, die dieser bei Fälligkeit nicht eingefordert hat, mit Gegenforderungen aufrechnen. OLG. **5** 455 (KG.).

**§ 65.** 1. Vgl. o. § 59c.

2. Der Erlös aus dem Verkaufe des Geschäfts ist kein Betriebsgewinn, der dem tantièmeberechtigten Angestellten mit zukäme. DJZ. **01** 50 (KG.).

3. Der commis intéressé kann nicht Tantième von ordnungsmäßig abgeschriebenen, aber nach Beendigung seiner Anstellung eingegangenen Forderungen nachfordern. OLG. **2** 248 (Hamburg), SächsA. **12** 574 (ausführl. abgedr. o. bei § 59c).

Er kann eine Bilanzziehung auf Kosten des Prinzipals verlangen, auch wenn er die Bilanz selbst entworfen hat. Denn der Angestellte kann den Kaufmann wohl bei Aufstellung der Bilanz unterstützen; aber das, was der Angestellte anfertigt, ist keine Bilanz, sondern nur der Entwurf einer solchen. Die Bilanz kommt erst durch die Unterschrift des Kaufmanns zustande. Wenn aber der commis intéressé die Vorlegung einer Bilanz verlangen kann, so kann er auch verlangen, daß ihm eine vom Kaufmann unterschriebene Bilanz vorgelegt wird, nicht nur der von ihm angefertigte Entwurf. SeuffA. **56** 157 (KG.).

Der commis intéressé hat das Recht auf Bilanzziehung und Einsicht der Bilanz auch dann, wenn er ein Konkurrenzgeschäft gegründet oder sich sonst vertragswidrig verhalten hat; unerheblich ist auch, ob die Tantième nur geringfügig ist und ob der Kommis die Bilanz früher selbst angefertigt hat. OLG. Dresden, SächsA. **11** 745.

Er kann nicht beanspruchen, daß der Prinzipal für ihn eine besondere Bilanz aufstelle. Er kann die aufgestellte Bilanz nur anfechten, wenn Arglist, offenbare Unbilligkeit oder schrankenlose Willkür in der Wertfestsetzung vorliegt. KGBl. **14** 7 (KG.).

4. Der Geschäftsherr schuldet Aufschluß über den Grund der Retournierung, damit der provisionsberechtigte Handlungsgehilfe in die Lage kommt, die Wichtigkeit des Grundes, aus dem der Geschäftsherr nicht auf der Abnahme der Ware bestand, zu prüfen und event. zu widerlegen. OLG. **7** 150 (Dresden).

5. Dem Handlungsagenten steht kein Recht auf die alleinige Vertretung des Prinzipals zu, auch wenn er für einen bestimmten Bezirk bestellt ist. § 89 ist auf Handlungsreisende nur anwendbar, wenn aus dem Anstellungsvertrag oder aus sonstigen Umständen eine auf alleiniges Vertretungsrecht des Reisenden gerichtete Absicht des Vertragschließenden erkennbar ist. OLG. Colmar, Elf. LothrJZ. **28** 459, R. **02** 592.

**§ 66.** 1. §§ 66, 67 wirken zurück auch auf Dienstverhältnisse, welche vor dem 1. Januar 1898 bestanden haben. OLG. **5** 264 (Colmar), ElsLothr. JZ. **27** 478, Puchelts Z. **33** 544.

2. Die Bestimmung in einem auf mehrere Jahre geschlossenen kaufmännischen Dienstvertrage, daß Verkauf des Geschäfts oder Tod des Prinzipals den Vertrag aufhebe, ist nicht so auszulegen, daß diese Ereignisse zur sofortigen Entlassung ohne Kündigung berechtigen, sondern daß beiden Teilen bei Eintritt jenes Ereignisses die gesetzliche Kündigungsfrist des § 66 zustehen soll. OLG. Karlsruhe, DJZ. **00** 363.

3. Die Kündigung muß während der gewöhnlichen Geschäftszeit vorgenommen werden. Ritter 115.

Vorzeitige Kündigung ist zulässig. Verspätete Kündigung gilt in der Regel

als rechtzeitige Kündigung auf den nächstzulässigen Kündigungstermin. Ungerechtfertigte Entlassung oder Aufsage gelten als ordnungsmäßige Kündigung auf den nächsten Kündigungstermin. Ritter 116.

Die bei Beginn des Vertragsverhältnisses ausgesprochene Kündigung wirkt nur so, als wäre sie nach dessen Beginn zum ersten zulässigen Termin erfolgt. OLG. Frankfurt, R. **02** 269.

4. Ist der 43. Tag der sechswöchigen Frist ein Sonntag oder anerkannter Feiertag, so kann auch an diesem Tage gekündigt werden. § 193 BGB. findet auf derartige rückläufige Fristen auch nicht analoge Anwendung. Ritter 114.

5. Aus der bei den Verhandlungen über Abschluß des Dienstvertrags erfolgten Bezeichnung einer Stellung als „Lebensstellung" können keine Ansprüche hergeleitet werden, wenn eine entsprechende Bestimmung nicht in den Dienstvertrag selbst aufgenommen worden ist. OLG. **3** 411 (Bamberg), SächsA. **12** 574.

**§ 67.** 1. Der Sinn dieser Vorschrift ist nur der, daß die Kündigungsfrist für den Prinzipal nicht kürzer bemessen sein darf als für den Handlungsgehilfen. Makower 119 Anm. II, Staub I 271 Anm. 7, Dove Anm. 2, auch Ritter 115; a. A. Lehmann-Ring I 168 Note 3.

2. Ist eine kürzere als die einmonatige Kündigungsfrist vereinbart und darum die Vereinbarung nichtig, so tritt an die Stelle der vereinbarten die sechswöchige Kündigungsfrist. OLG. **1** 72 (KG.), R. **00** 376; ebenso Ritter 115.

3. Die Abmachung, ein Geschäftsreisender dürfe sofort entlassen werden, wenn die Resultate seiner Reise nicht befriedigten, verstößt nicht gegen § 67; denn hier ist die Entlassung nicht in die Willkür des Gegenkontrahenten gestellt, sondern es soll das unparteiische Ermessen eines verständigen Geschäftsmanns darüber entscheiden, ob die Ergebnisse der Reisen im Verhältnisse zu den aufgewendeten Spesen und Kosten als genügende anzusehen sind. OLG. **5** 266, HansGerZ. **02** 186 (Hamburg), Staub I 270, Makower I 119, Cosack 112. R. **02** 616, SeuffA. **58** 157, BankA. **2** 127, ZAktWes. **10** 17. Ebenso OLG. München, R. **01** 101, SächsA. **12** 574.

4. Nach Lotmar 592/93 folgt die Nichtigkeit der ganzen Privatdisposition auf die Übertretung auch nur einer der gesetzlichen Schranken. Da es ihrer mehrere sind, läßt sich aber auch denken, daß die Übertretung einer nicht die ganze Disposition nichtig mache. So Staub zu § 67 Anm. 8 a. E. Indessen ist diese partielle Nichtigkeit nicht immer durchführbar. Denn wenn zwar dem Abs. 2, dagegen nicht dem Abs. 1 entsprochen worden ist, so wird die gesetzliche Befristung des § 66 zur Geltung kommen müssen, womit die dem Abs. 2 (§ 67) genügende Abrede hinfällig wird.

Das LG. Mainz, HessRspr. **4** 19 hat gleichzeitig die Vereinbarung einer eintägigen Kündigungsfrist für nichtig und den Vertrag bezüglich seines übrigen Inhalts für gültig erklärt, es sei denn, daß er ohne den nichtigen Teil nicht abgeschlossen worden wäre.

5. So wenig als die GewO. macht das HGB., indem es die Nichtigkeit ausspricht, einen Unterschied danach, welcher Partei die Übertretung der gesetzlichen Schranken zugute kommt. Wenn daher auch nach den Umständen des Falles die Übertretung dem Arbeitnehmer zum Vorteil gereicht, so wird hierdurch die Nichtigkeit nicht hintangehalten. A. M. Staub, Düringer-Hachenburg, weil nur des Handlungsgehilfen Schutz bezweckt werde. Für diese Restriktion ist im Gesetze kein Anhalt gegeben. Lotmar 593.

**§ 69.** 1. Wenn eine Vereinbarung der Kündigungsfrist bei der Annahme eines Handlungsgehilfen „nur zu vorübergehender Aushilfe" nicht erfolgt

ist, dann endigt dieses Dienstverhältnis, dessen „Dauer aus dem Zwecke der Dienste zu entnehmen ist" (BGB. § 620 Abs. 2), innerhalb der drei Monate durch die Erreichung seiner natürlichen Grenze, und eine befristete Kündigung gibt es hier, von Übereinkunft abgesehen, nicht. A. M. Staub zu § 69 Anm. 1 a. E., wonach im Falle eines Aushilfsengagements auf unbestimmte Zeit aber ohne Kündigungsabrede ein nach § 66 zu beurteilendes Verhältnis vorliegt. Lotmar 593. S. JDR. **2** zu § 620 BGB. Note 3.

2 Aus dem ersten Satze des § 69 ist zu schließen, daß, wenn das Dienstverhältnis des nur zu vorübergehender Aushilfe angenommenen Handlungsgehilfen über die Zeit von drei Monaten fortgesetzt wird, die Vorschriften des § 67 Anwendung finden. Allein von diesen Vorschriften sind die der Abs. 1, 3, 4 nur anwendbar, wenn außer jener Annahme zur Aushilfe noch eine weitere Übereinkunft stattgefunden hat. In Ermangelung solcher Abrede bleibt bloß für Abs. 2 Raum zur Anwendung; dieser Abs. 2 setzt nur einen Kündigungstermin, nicht eine Kündigungsfrist. Da aber nicht zu glauben ist, das Gesetz habe von der Einhaltung einer Frist dispensieren wollen, so bedarf es einer anderen Deutung des § 69. Mit seiner Verweisung auf § 67 für den Fall der Fortsetzung eines nur zu vorübergehender Aushilfe eingegangenen Verhältnisses über drei Monate hinaus hat § 69 die Anwendung nicht bloß der exzeptionellen Vorschriften des § 67, sondern auch der Regel des § 66 verfügt — falls es nämlich an der für die Anwendbarkeit des § 67 erforderlichen besonderen Abrede fehlen sollte. Man kann hiernach sagen, daß mit dem Ablaufe von drei Monaten alle Kündigungsnormen in Kraft treten. Lotmar 594.

3. Auf einen auf Probe angestellten Handlungsgehilfen findet § 69 keine Anwendung; auch ist nicht anzunehmen, daß durch den Zusatz „auf Probe" die kürzeste Kündigungsfrist von einem Monat als vereinbart gelten soll. OLG. **3** 78 (Hamburg), SeuffA. **56** 402, SächsA. **12** 574, HansGerZ. **01** 216. S. zu § 620 BGB. u. o. Ziff. 1.

**§ 70.** Abs. 1. 1. „Wichtige Gründe" umfassen alle Fälle, in denen eine wesentliche Änderung der bei Eingehung des Vertrags mutmaßlich gewürdigten Umstände eintritt. Mot. z. I. Entw. d. BGB. II 469. Beispiele wichtiger Gründe, abgesehen von den Fällen der §§ 71 u. 72, werden von Düringer-Hachenburg I 222 Anm. IV gegeben.

2. Ein wichtiger, zur Entlassung eines Handlungsgehilfen berechtigender Grund kann vorliegen, ohne daß denjenigen, gegen den sich der Rücktritt richtet, ein Verschulden trifft. So kann die von Dritten glaubhaft erhobene öffentliche Beschuldigung eines Angestellten, daß er eine Unterschlagung begangen habe, dem Geschäftsherrn das Recht der Entlassung gewähren, da diesem nicht zugemutet werden kann, auch einen der Unterschlagung nur Verdächtigen im Dienste zu behalten. LG. I Berlin, KGBl. **11** 77.

Der Grund braucht gar nicht in der Person dessen zu liegen, dem gekündigt wird. Er ist gegeben, wenn nach Lage der Sache der einen Seite billigerweise nicht zugemutet werden kann, den Vertrag fortzusetzen (Aufhebung der Privatposten). OLG. Stuttgart, WürttZ. **13** 304, OLG. **2** 502, SächsA. **11** 502, DJZ. **01** 262.

3. Einzelfälle.

a) Vorschläge, welche der Handlungsgehilfe macht, ein unreelles Geschäftsgebaren einzuführen, geben dem Prinzipal keinen Grund zur sofortigen Entlassung, wenn er die Möglichkeit hatte, diese Vorschläge unbeachtet zu lassen und damit in seinem Ansehen bei der Kundschaft keine Einbuße zu leiden. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 182.

b) Dagegen liefert ein Reisender, der seinem Prinzipal fingierte Ordres aufgibt, dadurch in der Regel Grund zur sofortigen Entlassung. OLG. 3 78 (Dresden).

Ebenso ist bei einem Reisenden die völlige Außerachtlassung aller bezüglich der Reihenfolge der zu besuchenden Orte gegebenen Weisungen des Prinzipals selbst bei erfolgreicher Tätigkeit ein ausreichender Grund zur Entlassung. OLG. Karlsruhe, BadRpr. 01 1.

Ein ungenügender Erfolg der Reisetätigkeit für sich allein kann weder als Entlassungsgrund, noch als genügender Grund dafür angesehen werden, dem Vertrage zuwider den Kläger an weiterem Reisen zu hindern. OLG. 6 464 (Darmstadt), R. 03 345.

c) Das Engagement eines Reisenden kann vorzeitig aufgehoben werden, weil der Reisende vor 10 Jahren wegen Betrugs mit mehrmonatlicher Gefängnisstrafe und Ehrverlust bestraft ist. Ein ihm anhaftender, seine geschäftlichen Erfolge beeinträchtigender und den Prinzipal diskreditierender Makel können das rechtfertigen. Wenn jedoch nicht anzunehmen ist, daß der Prinzipal in Kenntnis der Bestrafung das Engagement unterlassen hätte, und wenn nicht ersichtlich ist, daß die Bestrafung die geschäftlichen Erfolge noch abschwächt oder den Ruf des Prinzipals schädigt, liegt ein wichtiger Grund zur Entlassung nicht vor. OLG. Hamburg, HansGerZ. 03 13.

Auch dem Anstellungsantrage vorausgehende Tatsachen können den Prinzipal zur Entlassung des Handlungsgehilfen berechtigen, insbes. gilt dies von unwahren Angaben, die letzterer in bezug auf die in Aussicht genommene Begründung des Dienstverhältnisses gemacht hat. Allein nicht jede derartige Angabe, die sich hinterher als wahrheitswidrig herausstellt, ist geeignet, die fristlose Kündigung zu rechtfertigen; sie ist es nur dann, wenn das Verhalten des Handlungsgehilfen unter Berücksichtigung aller Umstände sich als ein derart tadelnswertes herausstellt, daß dem Prinzipal die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann. OLG. Karlsruhe, BadRpr. 03 182.

d) Der Umstand allein indes, daß ein Handlungsgehilfe sich in zerrütteten Vermögensverhältnissen befindet, berechtigt den Prinzipal nicht zur sofortigen Entlassung. OLG. Karlsruhe, R. 00 467.

e) Ein Konkubinat des Angestellten ist nicht unbedingt ein Entlassungsgrund, sondern nur dann, wenn der unsittliche Lebenswandel nach außen hervorgetreten ist und Anstoß und Ärgernis erregt hat. RG. SächsA. 12 574, Puchelts Z. 32 15.

f) Ein wichtiger Grund ist gegeben, wenn dem Leiter eines gesamten Wirtschaftsbetriebs ein Teil der Leitung abgenommen und einem anderen übertragen wird. OLG. Stuttgart, WürttJ. 13 311.

g) Taktloses und unehrerbietiges Benehmen dem Prinzipal gegenüber ist ein wichtiger Grund. OLG. 6 189, HansGerZ. 03 68 (Hamburg).

h) Vgl. im übrigen JDR. 2 zu § 626 BGB. Ziff. 6.

4. Fixierung wichtiger Gründe durch Vertrag.

Ein Abkommen, daß der Prinzipal auch bei der geringsten ferner vorkommenden Unregelmäßigkeit den Gehilfen entlassen dürfe, ist gesetzlich unwirksam, der Richter kann es höchstens bei der Beurteilung der Frage berücksichtigen, ob wichtige Gründe zur sofortigen Entlassung vorliegen. OLG. Frankfurt, R. 02 269.

Eine vertragsmäßige Festsetzung dahin, daß der Eintritt oder Nichteintritt eines bestimmten Ereignisses als ein wichtiger Grund zur Auflösung des Dienstverhältnisses gelten soll, ist unzulässig. Ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist vielmehr nur von dem Gerichte nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen. LG. Hamburg, DJZ. 00 100; ähnlich auch Cosack 113.

Dagegen meint Ritter 118, daß die Parteien vereinbaren können, daß an sich wichtige Gründe als nicht wichtige, an sich nicht wichtige Gründe als wichtige gelten sollen; ebenso Staub I 275 Anm. 6.

5. Auch ohne Gründe kann selbstredend Beklagter auf die ferneren Dienste Verzicht leisten. Durch solchen Verzicht allein verliert aber der Gegner nicht seine ihm gebührenden Gegenleistungen. OLG. **6** 464 (Darmstadt), R. **03** 345.

6. Zeitpunkt der Geltendmachung bzw. des Vorhandenseins der wichtigen Gründe. S. auch JDR. **2** zu § 626 BGB. Note 6a.

a) Die offene Handelsgesellschaft, welche das Dienstverhältnis eines Handlungsgehilfen verlängert, obwohl ein Gesellschafter von einer die Entlassung rechtfertigenden Dienstwidrigkeit Kenntnis hat, kann diese nicht mehr als Entlassungsgrund geltend machen. **RG.** Holdheims MSchr. **9** 287.

b) Der Grund braucht bei der Entlassung nicht angegeben zu werden; es kann auch ein Grund ausschlaggebend sein, der dem Dienstherrn bei Entlassung noch nicht bekannt war. OLG. **3** 79, SächsA. **12** 574 (Dresden); OLG. **7** 384 (Kiel).

Ein bei der Kündigung nicht erwähnter Kündigungsgrund kann in der Klage nachgeholt werden. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **02** 120, R. **02** 269.

c) Tatsachen, die sich nach der Entlassung oder Aufsage ereignen, können zu deren Rechtfertigung nicht herangezogen werden. Ritter 118.

Dagegen meint Staub II 275 Anm. 3, daß auch Gründe, die sich nach der Entlassung ereignen, geeignet sind, die sofortige Kündigung zu rechtfertigen, namentlich kann eine durch die bisherigen Gründe nicht prinzipiell gerechtfertigte Kündigung durch nachträgliche Gründe gerechtfertigt werden; doch tritt in diesem Falle die Wirksamkeit der sofortigen Kündigung erst mit dem Zeitpunkte der nachträglichen Tatsache ein.

Gründe, die vor der Eingehung des Dienstverhältnisses sich ereignet haben, können als Entlassungsgrund nicht angenommen werden; ebenso Düringer-Hachenburg I 219 Anm. I, welche in diesem Falle nur ein Anfechtungsrecht bezüglich des Dienstvertrags geben wollen; dagegen Goldmann I 336 Anm. 1 I 2c.

7. Kündigung.

a) Der „wichtige Grund" rechtfertigt nur Kündigung ohne Einhaltung der Kündigungsfrist, nicht eine Kündigung auf einen unzulässigen Termin oder mit unzulässiger Frist. Ritter 116.

b) Ist die Entlassung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gerechtfertigt, so vergibt der Prinzipal seinem Rechte nichts, auch wenn er, statt zum sofortigen Abgange, zu einem späteren Termine kündigt. OLG. **7** 384 (Kiel).

c) Ein auf bestimmte Zeit angestellter Handlungsgehilfe, der sich für den Fall vorzeitigen Austritts aus seiner Stellung einer Vertragsstrafe unterworfen hat, ist nicht gehindert, das Dienstverhältnis aus einem wichtigen Grunde ohne Einhaltung der Kündigungsfrist zu kündigen. OLG. **1** 365 (KG.).

8. Folgen der Kündigung.

a) Der ohne wichtigen Grund entlassene Handlungsgehilfe bleibt zwar Angestellter, aber in der Entlassungserklärung liegt der Verzicht des Prinzipals auf fernere Dienste und auf Respektierung des gesetzlichen Konkurrenzverbots. Ritter 120.

Schon in einer ungerechtfertigten Entlassung des Handlungsgehilfen liegt die Erklärung, seine ferneren Dienste nicht annehmen zu wollen. Durch die Entlassung kommt der Prinzipal gemäß § 293 BGB. in Verzug. Der entlassene Handlungsgehilfe braucht sich nicht mehr zur Verfügung zu stellen, um nach § 615 die vereinbarte Vergütung zu verlangen. Römer, DJZ. **03** 340, 341; OLG. Darmstadt, HessRspr. **4** 33.

Nicht die Vorschriften der §§ 296, 615 BGB., sondern des § 324 sind maßgebend. Es handelt sich um einen gegenseitigen Vertrag. Daher hat der Angestellte, wenn der Prinzipal ihm durch die von ihm verschuldete Entlassung die Fortsetzung der Dienste unmöglich gemacht hat, den Anspruch auf die Gegenleistung behalten. OLG. Marienwerder, PosMschr. **02** 89, R. **02** 433; Fuld, SeuffBl. **68** 49.

Staub § 70 Note 7 ff. verlangt wörtliches, Makower, § 70 IV a tatsächliches Anbieten zur Dienstleistung, insoweit der Geschäftsherr dies nicht unmöglich macht, z. B. durch Untersagen des ferneren Betretens der Geschäftsräume, oder durch die bestimmte Erklärung, die Leistung nicht mehr annehmen zu wollen. Ebenso verlangen tatsächliches Angebot der Dienste AG. Mainz, HessRspr. **3** 142; LG. I Berlin, KGBl. **13** 109.

b) Vgl. über diese Streitfragen auch JDR. **2** zu § 615 BGB. Note 5.

Abs. 2. Dem Schadensersatzanspruche des Gehilfen kommen alle die besonderen rechtlichen Eigenschaften zu, die der Gehaltsanspruch besitzt (nicht pfändbar, abtretbar, verpfändbar, passiv aufrechnungsfähig usw.). Ritter 119.

**§ 71.** 1. Das Gesetz gibt in diesem Paragraphen nur Beispiele von Entlassungsgründen. Dove § 71 Anm. 2.

2. Ein wichtiger Grund zur Kündigung liegt auch vor bei Nichtbeschäftigung des Angestellten, wenn dieser zwar nicht als Lehrling, aber doch in der dem Prinzipal bekannten Absicht, seine Kenntnisse und Fähigkeiten auszubilden, in das Geschäft eingetreten ist. Staub I 280 Anm. 25 zu § 70, Lehmann-Ring I 174 Nr. 6.

3. Wenn der Geschäftsherr in Gegenwart anderer Personen gegen den Handlungsgehilfen den Verdacht des Diebstahls ausspricht, so ist dies eine erhebliche Ehrverletzung, welche den Handlungsgehilfen zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt. LG. Berlin, KGBl. **12** 10, SächsA. **12** 514.

**§ 72.** 1. Vgl. Nr. 1 des § 71.

2. Zu Nr. 1. a) Als ein sofortiger Entlassungsgrund i. S. des § 72 Abs. 1 ist die Abrede sämtlicher Handlungsgehilfen eines Prinzipals anzusehen, die Erfüllung gewisser Forderungen geschlossen bei diesem zu erwirken und für den Fall, daß daraufhin dem einen oder anderen von ihnen gekündigt werden sollte, sämtlich für einen bestimmten Termin das Dienstverhältnis zu lösen. OLG. **6** 4 (Dresden), ZAktWes. **10** 141.

b) Ein Reisender, der fingierte Orders aufgibt, wird dadurch in der Regel Grund zur sofortigen Entlassung bieten (s. o. § 70 Ziff. 3 b). Hat aber der Prinzipal dem Reisenden ein so aufdringliches Verhalten gegenüber der Kundschaft zur Pflicht gemacht, wie es in diesem Falle geschildert wird, so muß der Prinzipal damit rechnen, daß die Zuverlässigkeit der übertriebenen Bestellungen vielfach fragwürdig sein wird. OLG. **3** 78 (Dresden).

c) Ist ein Dienstverhältnis auf eine neue Periode verlängert, so kann ein in der verflossenen Dienstperiode vorgekommener Vertrauensbruch, sofern er dem Prinzipal erst nach der Verlängerung bekannt wird, die Aufhebung des Dienstverhältnisses noch rechtfertigen. RG. JW. **00** 624.

d) Die Versäumnis eines einzigen ganzen Werktags durch den Handlungsgehilfen ist ein wichtiger Entlassungsgrund; jedoch nicht wegen des Zeitverlustes und der hierdurch veranlaßten Schädigung des Prinzipals, sondern wegen der darin liegenden Untreue und des Vertrauensmißbrauchs.

Untreue nach Handelsrecht ist nicht gleichbedeutend mit Untreue nach Strafgesetzbuch; eine Schädigung des Prinzipals ist nicht erforderlich; das Wesentliche ist die Erschütterung des Vertrauens, ohne welches das Verhältnis zwischen Prinzipal und Gehilfen nicht bestehen kann. OLG. **5** 268 (Bamberg); Staub I 283.

Der bloße Verdacht der Untreue ist noch kein Entlassungsgrund. OLG. Zweibrücken, Holdheims MSchr. 12 210, Puchelts Z. 34 291.

e) Die Verletzung des § 60 gilt auch in dem Falle als Entlassungsgrund, wenn der Handlungsgehilfe die fraglichen Geschäfte nicht zu Erwerbszwecken, sondern zur Kapitalsanlage vorgenommen hat. OLG. Hamburg, SächsA. 12 574.

f) Bei Entwendung von Zigarren und Ansichtskarten ist, wenn es sich nur um geringfügige Ordnungswidrigkeiten handelt, ein Grund zur sofortigen Entlassung nicht gegeben. OLG. Karlsruhe, BadRpr. 02 57.

Zu Nr. 2. a) Dienstverweigerung ist nicht jeder geringfügige Widerspruch; es muß beharrlicher Widerstand vorliegen. Ein solcher ist aber nicht gegeben, wenn der Handlungsgehilfe die Ausführung des Dienstbefehls nur aus Saumsal oder Unachtsamkeit unterläßt. OLG. 5 268 (Bamberg).

b) Kein Kündigungsgrund aus Ziff. 2 ist die Vorenthaltung eines nicht beträchtlichen Provisionsbetrags, wenn sie aus Meinungsverschiedenheit über die Zahlungspflicht geschieht. OLG. 7 385 (Hamburg).

c) Unterbricht der Reisende eigenmächtig und ohne triftigen Grund die Tour, so ist der Prinzipal zur sofortigen Entlassung berechtigt. OLG. 6 4 (Hamburg).

d) Weigert sich ein Reisender, Comptoirarbeiten zu verrichten während einer Zeit, in der das Aussenden von Reisenden im Geschäftsinteresse nicht erforderlich ist, so kann ihn der Prinzipal bei beharrlicher Weigerung ohne Einhaltung der Kündigungsfrist entlassen. OLG. Marienwerder, SeuffA. 57 14, PosMschr. 01 200.

e) Kein Entlassungsgrund aus Ziff. 2 liegt vor, wenn der Handlungsgehilfe mit Rücksicht auf den Silberhochzeitstag seiner Eltern den Dienst nicht wahrnimmt, selbst wenn ihm der erbetene Urlaub abgeschlagen worden war. LG. Berlin, KGBl. 11 22.

Zu Nr. 3. a) Staub I 285 Anm. 8 hebt hervor, daß auf Grund der Vorschriften des § 63 eine Krankheit bis zu 6 Wochen als eine anhaltende nicht anzusehen sei. Der Prinzipal braucht indes nach Ansicht von Lehmann-Ring I 176 Nr. 4 die 6 Wochen nicht bis zur Kündigung abzuwarten. Natürlich bleibt dadurch der Anspruch des Gehilfen auf Unterhalt und Gehalt unberührt.

b) Die Weigerung des Handlungsgehilfen, welcher sich in Behandlung eines Kassenarztes befindet, sich durch einen anderen, vom Prinzipal ausgewählten Arzt untersuchen zu lassen, rechtfertigt nicht die sofortige Entlassung. LG. Berlin, KGBl. 14 58. Vgl. aber GG. Berlin, IDR. 2 zu § 616 BGB. Note 9.

Zu Nr. 4. a) Ein nach der Entlassung verübtes ehrverletzendes Verhalten des Handlungsgehilfen kann diesem den Anspruch auf Fortzahlung des Gehalts nicht nehmen, wenn der Handlungsgehilfe mit der Vereinbarung entlassen war, daß ihm das Gehalt bis zum folgenden Quartalsersten gezahlt werden sollte. OLG. Celle, SeuffA. 55 299.

b) Als eine erhebliche Ehrverletzung, welche den Prinzipal zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt, ist es nicht anzusehen, wenn der Handlungsgehilfe den Prinzipal wegen Nichtinnehaltens der gesetzlichen Ladenschlußfrist denunziert hat. LG. Berlin, KGBl. 12 121.

Wenn sich der Handlungsgehilfe in solcher Weise respektwidrig gegen den Prinzipal beträgt, daß ein weiteres gedeihliches Zusammenarbeiten ausgeschlossen erscheint, so ist dies ein sofortiger Entlassungsgrund. OLG. 6 189, HansGerZ. 03 68, ZAktWes. 10 188 (Hamburg).

**§ 73.** a) Zeitpunkt der Beendigung. S. IDR. 1 zu § 630 BGB. Note 2.

Die Frage, wann der Handlungsgehilfe ein Zeugnis verlangen kann, ist streitig.

Goldmann I 354 Anm. I 1b meint, daß der Handlungsgehilfe nicht lediglich in dem Zeitpunkte der Beendigung des Dienstverhältnisses sondern auch schon vorher in der Zeit von der Kündigung des Dienstverhältnisses an und ebenso auch in der Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses ein Zeugnis verlangen kann.

Derselbe auch im R. 01 453 (hierüber s. IDR. 1 Ziff. 2 zu § 630 BGB.).

Ebenso besagt OLG. 5 264, SächsA. 12 575 (Kolmar), daß aus der Ausdrucksweise des § 73 „bei der Beendigung des Dienstverhältnisses" gefolgert werden muß, daß der Handlungsgehilfe schon seit dem Tage, der diese Beendigung herbeiführenden Kündigung das Zeugnis fordern kann, da er dessen zum Zwecke der Aufsuchung einer neuen Stellung bedarf. Vgl. auch Staub I 287 Anm. 2; R. 02 298.

Dagegen spricht sich Örtel, SächsA. 12 28 aus:

Bei Beendigung, das heißt: im Zeitpunkte der Beendigung. Der Handlungsgehilfe kann also das Zeugnis nicht vor der Beendigung des Dienstes, also etwa am Tage der Kündigung und auch nicht nach der Beendigung verlangen, sondern nur am Tage des Austritts aus dem Dienste.

OLG. 6 4 (Hamburg) nimmt an, daß der Anspruch auf das Zeugnis erst gegeben ist, wenn die Aufhebung des Dienstverhältnisses feststeht.

Eine Verpflichtung zur Ausstellung eines sogenannten Interimszeugnisses besteht für den Prinzipal nicht.

Der Handlungsgehilfe kann das Zeugnis nach der Beendigung des Dienstverhältnisses nur in dem Falle fordern, wenn er es bei Beendigung des Dienstes verlangt, aber nicht erhalten hat.

Ebenso auch OLG. 3 78 (Darmstadt), SeuffA. 57 27 und SächsA. 12 575, Puchelts Z. 32 604.

Es heißt da: die Worte „bei Beendigung des Dienstverhältnisses" sind im Sinne von „im Zeitpunkte der Beendigung" zu verstehen. Den Dienstherrn schon vom Tage der Kündigung an zur Ausstellung des Zeugnisses für verpflichtet zu erklären, würde zu Unzuträglichkeiten führen.

Gegen letztere Auslegung spricht auch, daß ein Antrag, die Verpflichtung zur Ausstellung des Zeugnisses schon mit der Kündigung beginnen zu lassen, abgelehnt ist. Mater. z. BGB. II 1290.

Hat der Gehilfe innerhalb angemessener Zeit nach Endigung des Dienstverhältnisses kein Zeugnis beansprucht, so liegt darin ein Verzicht auf dieses. Gutacht. d. Handels- u. Gew.-Kammer Zittau, R. 03 40. A. A. Staub und Lehmann-Ring § 73.

Der Anspruch auf ein Zeugnis ist ein vermögensrechtlicher i. S. des § 546 ZPO. RG. DIZ. 02 384.

b) Inhalt des Zeugnisses. S. hierüber eingehend IDR. 2 zu § 630 BGB. Ziff. 3 ff.

α. Handlungsgehilfen können ein Zeugnis nicht bloß über Führung und Leistungen, sondern auch nur über das eine oder das andere verlangen. KG., R. 02 269, auch KGBl. 13 28. Nach Wittner, Holdheims Mschr. 12 176 verstößt diese Entscheidung gegen Wortlaut und Geist des § 73.

β. Das Zeugnis ist ein Recht des Handlungsgehilfen. Der Prinzipal ist nicht berechtigt, ein auf Führung und Leistung ausgedehntes Zeugnis dem Handlungsgehilfen gegen seinen Willen aufzudrängen. Dove 57 Anm. 1, Staub I 284 Anm. 3.

S. auch IDR. 2 a. a. O. Note 3 (Recht auf alternatives Zeugnis).

γ. Eine Äußerung über die von dem Reisenden erzielten Erfolge ist als ein in das Zeugnis über die Leistungen des Reisenden hineingehörender Zusatz anzusehen.

Dem Prinzipale liegt nicht etwa ob, in dem Falle, daß der Handlungsgehilfe die Wahrheit der im Zeugnis enthaltenen tatsächlichen Angaben oder die Richtigkeit der im Zeugnis enthaltenen Urteile bestreitet, die Wahrheit jener Angaben oder die Richtigkeit jener Urteile zu beweisen. OLG. 5 269 (Hamburg).

c) Berichtigung des Zeugnisses. Vgl. JDR. 2 a. a. O. Note 4 (Recht auf materiell richtiges Zeugnis).

α. Dem Handlungsgehilfen steht das Recht zu, wenn der Prinzipal im Zeugnis über bestimmte Tatsachen unrichtig berichtet oder ein Urteil wider besseres Wissen abgegeben hat, die Berichtigung des Zeugnisses zu verlangen. In diesem Falle liegt dem Handlungsgehilfen die Beweislast ob. Der Prinzipal ist zur Berichtigung des Zeugnisses zu verurteilen, sobald der Handlungsgehilfe bewiesen hat, daß die bezeugten Tatsachen unwahr sind oder daß der Prinzipal wider besseres Wissen geurteilt hat. Anders liegt die Sache, wenn es sich um ein im Zeugnis enthaltenes Urteil handelt, das nach der Darstellung des Handlungsgehilfen unrichtig sein soll, während dem Prinzipal der Vorwurf, das Urteil wider besseres Wissen abgegeben zu haben, nicht gemacht wird. In diesem Falle kann der Handlungsgehilfe zum Beweise der Unrichtigkeit nicht zugelassen werden, ein Recht auf Berichtigung des Zeugnisses steht ihm dann nicht zu. OLG. 5 269, HansGerZ. 02 213 (Hamburg).

β. Die Berichtigung eines ungehörigen Zeugnisses hat durch Ausstellung eines neuen Zeugnisses zu erfolgen. Die bloße Durchstreichung der ungehörigen Sätze ist unzulässig. SächsOLG. 22 258, SächsA. 12 545.

d) Zeugnis des Prokuristen.

Die Ausstellung von Zeugnissen für Handlungsgehilfen ist eine Rechshandlung, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Es ist demnach neben dem Prinzipal auch der Prokurist zur Ausstellung von Zeugnissen befugt. OLG. 3 410, HansGerZ. 02 19 (Hamburg).

e) Haftung aus einem Zeugnisse.

Wegen Ausstellung eines unrichtigen Zeugnisses haftet der alte Prinzipal dem neuen nur nach § 826 BGB. Ritter 113.

**§ 74.** Abs. 1. Die Konkurrenzklausel.

1. Zeitpunkt des Inkrafttretens der §§ 74 u. 75.

§ 74 wie § 75 haben keine rückwirkende Kraft auf vor ihrem Inkrafttreten entstandene Schuldverhältnisse, RG. 42 97, 43 23, JW. 98 665, 99 65, 00 449, 855, 591, auch dann nicht, wenn die Übertretung der Konkurrenzbeschränkung nach dem Inkrafttreten der Vorschriften der §§ 74, 75 stattgefunden hat. RG. JW. 00 854, 01 379, SeuffBl. 66 178.

Keinesfalls kann die Bestimmung eines dem früheren Rechte unterstehenden Engagementsvertrags, welche wegen übermäßiger Beschränkung der Erwerbsfreiheit des Handlungsgehilfen nngiltig war, durch §§ 74, 75 in dem dort angegebenen beschränkten Umfange wirksam werden. RG. DJZ. 99 65; OLG. 2 206 (Stuttgart), SächsA. 12 575.

Die Gültigkeit einer Konkurrenzklausel, die in einem vor dem 1. 1. 98 auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen, über den 1. 1. 98 fortgesetzten Dienstvertrag enthalten ist, bestimmt sich nach altem Rechte. RG. JW. 03 Beil. 49.

2. Auslegung des Konkurrenzverbots.

a) Bei einem vertragsmäßigen Konkurrenzverbote für die Zeit nach der Entlassung ist bezüglich der Frage, ob die dem Handlungsgehilfen auferlegte Beschränkung gegen die guten Sitten verstößt, der Umfang der Beschränkung

nach Ort, Zeit und Gegenstand in Betracht zu ziehen. Insbesondere ist bei enger Begrenzung des untersagten Geschäftsgebiets zu berücksichtigen, ob dem Handlungsgehilfen auch in einer anderen Branche ein weiteres Fortkommen möglich ist.

Bei gleichzeitiger Auferlegung eines Konkurrenzverbots und einer Konventionalstrafe liegt dann kein Mißbrauch vor, wenn ein Mißverhältnis zwischen dem Bestehen beider Verpflichtungen und dem dadurch gesicherten Interesse des Geschäftsinhabers nicht ersichtlich ist. **RG.** SächsA. **10** 477.

b) Wenn zwischen einem Geschäftsherrn und einem Reisenden eine Vertragsstrafe ausbedungen ist für den Fall der Annahme eines Reisepostens in einem Konkurrenzgeschäfte, so ist die Strafe nicht verwirkt, wenn der Reisende selbständig ein Konkurrenzgeschäft begründet und in dessen Betriebe selbst als Reisender tätig ist. OLG. Dresden, SächsA. **11** 512.

c) Ein Konkurrenzverbot ist nicht deshalb unwirksam, weil der Berechtigte ein Konkurrenzgeschäft jeweilig nicht betreibt. **RG.** JW. **00** 826, SächsA. **12** 575.

d) Ist das Abkommen, durch welches der Handlungsgehilfe nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt worden ist, nicht unter Konventionalstrafe gestellt, so kann der Handlungsgehilfe bei Zuwiderhandlung gegen das Abkommen auf Erfüllung (Einhaltung der ihm auferlegten Beschränkung) belangt werden. **RG.** **42** 97, JW. **98** 665.

e) Ist in der vereinbarten Konkurrenzklausel die Entscheidung darüber, ob ein von dem Handlungsgehilfen errichtetes Geschäft sich als Konkurrenzunternehmen darstelle, dem einseitigen Ermessen des Prinzipals überlassen, so wird diese Bestimmung dahin einzuschränken sein, daß an Stelle des Ermessens des Prinzipals das des Gerichts tritt. OLG. **1** 390 (Karlsruhe).

f) Die Auslegung der Konkurrenzklausel richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Zu einer „strengen" Auslegung besteht keine Veranlassung (vgl. aber unten zu k). Hiernach ist, wenn dem Handlungsgehilfen verboten ist, während der Sperrzeit ein Konkurrenzgeschäft zu betreiben, dieses Verbot verletzt, wenn der Gehilfe Waren, die unter die Klausel fallen, anbietet oder entsprechende Preislisten versendet. — Der Abschluß einzelner Geschäfte bedeutet noch nicht eine Übertretung des Konkurrenzverbots; diese setzt vielmehr, wie im Falle des § 60, spekulative Tätigkeit voraus. Ritter 123.

g) Voraussetzung der Anwendbarkeit des Konkurrenzverbots ist eine irgendwie erhebliche Beeinträchtigung des geschäftlichen Betriebs des Prinzipals, eine solche ist nicht zu besorgen, wenn der Handlungsgehilfe ein kleines Speditionsgeschäft übernimmt, während der Prinzipal ein großes Flußschiffahrts- und Transportunternehmen betreibt. OLG. **1** 390 (Karlsruhe); Staub I 290 Anm. 11.

h) Die für Eröffnung eines gleichartigen Geschäfts festgesetzte Vertragsstrafe wird nicht schon durch den Abschluß von Lieferungsverträgen verwirkt, die erst nach dem Ablaufe der im Konkurrenzverbote festgesetzten Zeit zur Ausführung kommen sollen. **RG.** GewA. **2** 193.

i) Die Verletzung des Konkurrenzverbots kann auch in der Weise erfolgen, daß der zu seiner Beachtung Verpflichtete die verbotene Konkurrenz durch dritte, von ihm dazu veranlaßte oder unterstützte Personen betätigt, indem z. B. der Vater durch den Sohn, der Ehemann durch die Ehefrau das Geschäft dem äußeren Scheine nach führen läßt. **RG.** HansGerZ. **02** 264.

k) Die Verpflichtung, bei Vermeidung einer Strafe innerhalb einer bestimmten Frist keinen Reiseposten anzunehmen, ist nicht verletzt, wenn der Verpflichtete selbständig Geschäfte der in Frage kommenden Branche betreibt. Strafabreden nach § 74 sind strikt zu interpretieren. OLG. Dresden, SächsA. **11** 512; vgl. dagegen oben zu f.

l) Wenn in eine Konkurrenzklausel eine §§ 74, 75 zuwiderlaufende Vereinbarung aufgenommen ist, so zieht das nicht die Nichtigkeit des übrigen Inhalts der Konkurrenzklausel nach sich. OLG. Kolmar, R. **02** 592; OLG. **7** 385 (Hamburg).

3. Grenzen des Konkurrenzverbots.

a) Eine Konkurrenzklausel im Sinne dieses Paragraphen ist auch eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Gehilfen, durch die dieser sich ausschließlich verpflichtet, nach Beendigung des Dienstverhältnisses die ihm vermöge desselben zugänglich gewordenen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse anderen nicht mitzuteilen oder zu Zwecken des Wettbewerbes nicht zu verwerten. Vgl. § 9 des RG. v. 27. 5. 96. Reinshagen 19 ff.

Eine den Handlungsgehilfen für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit unzulässig beschränkende Vereinbarung kann auch darin liegen, daß dem Gehilfen durch die ihm auferlegte Pflicht zur Geheimhaltung von Fabrikationsgeheimnissen die Erlangung einer anderen Stellung oder Gründung einer selbständigen Existenz wesentlich erschwert wird. **RG.** R. **03** 215.

b) Nur ein kumulativ zeitlich, örtlich und gegenständlich unbegrenztes Konkurrenzverbot ist unzulässig. Ist es in einer dieser drei Beziehungen begrenzt, so kann es, wenn es auch in den beiden anderen Richtungen keine Schranken hat, den Umständen des Einzelfalls nach für statthaft erachtet werden. **RG.** Holdheims MSchr. **12** 109, SächsA. **13** 200, ZAktWes. **10** 262.

Ein zeitlich und örtlich unbeschränktes Konkurrenzverbot ist nicht ungültig, wenn es nur die Herstellung bestimmter weniger Spezialitäten betrifft. Denn die Frage, ob der Konkurrenzvertrag die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Vertragschließenden übermäßig einschränkt, ist aus der Gesamtwirkung unter Berücksichtigung aller Umstände zu entscheiden. **RG.** GewA. **2** 12.

c) Wer sich verpflichtet hat, in einem gewissen Bezirke keine Konkurrenzgeschäfte zu treiben, ist dadurch nicht gehindert, von einem außerhalb des Bannbezirks belegenen Orte aus Geschäfte nach den Orten innerhalb des Bezirks zu machen. **RG.** SächsA. **12** 87, Gruchots Beitr. **46** 124, JW. **03** 726.

4. § 74 gibt dem Richter ein Ermäßigungsrecht bezüglich der zeitlichen, örtlichen und gegenständlichen Grenzen der Beschränkung des Gehilfen, stellt aber nicht das Erfordernis auf, daß die Beschränkung sowohl zeitlich wie örtlich als auch gegenständlich begrenzt sei; so kann z. B. eine Konkurrenzklausel, die nur die Verpflichtung zur Wahrung gewisser Geschäftsgeheimnisse zum Gegenstande hat, auch ohne örtliche Begrenzung verbindlich sein. Reinshagen 23.

Konkurrenzklauseln, die gegen die guten Sitten verstoßen, also insbesondere auch solche, die eine wucherische Ausbeutung des Gehilfen enthalten, sind nicht etwa auf Grund des § 138 BGB. für nichtig zu erklären, auch ihnen gegenüber hat das Ermäßigungsrecht des Richters einzugreifen. Allerdings kann die dem Richter obliegende Zurückführung der Beschränkung des Gehilfen auf das der Billigkeit entsprechende Maß überhaupt unmöglich sein, weil ein berechtigtes Interesse des Prinzipals an der dem Gehilfen auferlegten Beschränkung vollständig fehlt; dann ist der Richter gezwungen, die ganze Konkurrenzklausel für ungültig zu erklären. Reinshagen 25 ff.

5. Beschränkung auf Handlungsgehilfen.

Die auf sozialpolitischen Gründen beruhende Vorschrift des § 74 findet auf das Verhältnis selbständiger Kaufleute zueinander keine Anwendung. **RG.** SächsA. **13** 200, Staub § 74 Einl.

Eine analoge Anwendung der §§ 74, 75 auf die der Gewerbeordnung unterstehenden Angestellten ist unzulässig. OLG. **1** 53 (Karlsruhe).

Abs. 2. Wird nach Beendigung des Dienstverhältnisses eine Verlängerung der Beschränkung auf mehr als 3 Jahre vereinbart, so ist es Tatfrage, ob nicht in der Vereinbarung der Verlängerung ein selbständiger Konkurrenzvertrag zu erblicken ist, der den Bestimmungen der §§ 74, 75 nicht unterliegt (§ 140 BGB.). Reinshagen 36.

Abs. 3. 1. Ist die in einem Dienstvertrag enthaltene Konkurrenzklausel wegen Minderjährigkeit des Handlungsgehilfen nach § 74 Abs. 3 nichtig, so hat dies nicht als Regel die Nichtigkeit des ganzen Dienstvertrags zur Folge. § 139 BGB. ist hier auf Grund von Art. 2 Abs. 1 EGzHGB. von der subsidiären Anwendung auszuschließen. Reinshagen 28 ff.

2. Die von dem minderjährigen Handlungsgehilfen vereinbarte Konkurrenzklausel ist auch dann nichtig, wenn sie mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vereinbart ist. In der Fortsetzung des Dienstverhältnisses nach Eintritt der Volljährigkeit liegt an sich noch nicht eine Bestätigung der nichtigen Konkurrenzklausel. Ritter 122.

**§ 75.** I. Abs. 1 Satz 1.

1. a) Des Anspruchs aus der Konkurrenzklausel geht der Prinzipal nur dann verlustig, wenn das Vertragsverhältnis von dem Handlungsgehilfen aus dem s. E. vorliegenden wichtigen Grunde auch wirklich ohne Einhaltung der Kündigungsfrist gelöst wird. Wenn aber der Handlungsgehilfe unter Beobachtung der Kündigungsfrist kündigt oder der Vertrag ohne Kündigung sein Ende erreicht, kann er gegenüber dem Anspruche des Prinzipals aus dem Konkurrenzverbote nicht einwenden, daß ihm dieser durch ein vertragswidriges Verhalten die Fortsetzung des Dienstverhältnisses unmöglich gemacht habe. OLG. Frankfurt, R. **02** 616; ebenso Staub I 293 Anm. 2, Goldmann I 363 Anm. 1, Dove 59 Anm. 1, Ritter 124. A. A. Düringer-Hachenburg I 241 I, Cosack 115, Reinshagen 32 ff.

b) Bei Übertretung des Konkurrenzverbots kommt die Vertragsstrafe dann nicht in Wegfall, wenn zwar ein vertragswidriges Verhalten des Prinzipals vorliegt, der Handlungsgehilfe aber aus anderem Grunde ordnungsmäßig gekündigt hat. OLG. Stuttgart, ZAktWes. **10** 69, OLG. **5** 272.

2. Der Grundsatz, daß der Prinzipal, wenn er ohne einen vom Handlungsgehilfen gegebenen gerechten Anlaß das Dienstverhältnis aufgegeben hat, die Vertragsstrafe gegen den Handlungsgehilfen nicht geltend machen darf, findet dann keine Anwendung, wenn sich ein anderer Wille der Vertragschließenden mit Sicherheit ermitteln läßt. OLG. **2** 67 (KG.).

II. Abs. 1 Satz 2.

1. Ein erheblicher Anlaß zur Kündigung i. S. des § 75 liegt vor, wenn in der Person des oder eines der Geschäftsinhaber eine Änderung eintritt, die zur Folge hat, daß die bisher von einem Handlungsgehilfen besorgten Geschäfte nunmehr von einem der Geschäftsinhaber wahrgenommen werden. OLG. Jena, ThürBl. **50** 275.

2. Eine dem Handlungsgehilfen durch den Konkursverwalter gegebene Kündigung führt nicht unter allen Umständen eine Vertragsendigung mit den Wirkungen des § 75 Abs. 1 Satz 2 herbei. Vielmehr entscheidet sich die Frage, ob hier eine Kündigung aus erheblichem Anlasse, den der Prinzipal — der doch die Handlungen des Konkursverwalters gegen sich gelten lassen muß — nicht verschuldet hat, vorliegt, danach, ob den Prinzipal ein Verschulden am Ausbruche des Konkurses über sein Vermögen trifft. **RG.** JW. **03** 389.

3. Will der Prinzipal durch Fortzahlung des Gehalts die Konkurrenzklausel aufrechterhalten, so hat er dies dem Gehilfen bei der Kündigung zu erklären, denn dieser muß sogleich nach der Kündigung in der Lage sein, sich nach einer

anderen Tätigkeit umzutun (vgl. § 629 BGB.) und darf hierbei nicht im ungewissen sein, ob die Konkurrenzklausel für ihn zu Recht bestehen bleibt oder nicht. Reinshagen 38 ff.

Durch die Erklärung, die Konkurrenzklausel durch Fortzahlung des Gehalts aufrechterhalten zu wollen, wird der Prinzipal zur Fortzahlung des Gehalts für die in der Konkurrenzklausel vereinbarte Dauer der Beschränkung verpflichtet, er kann ihre Dauer nicht durch einseitige Erklärung abkürzen, kann auch nicht etwa die Konkurrenzklausel unter Einhaltung der für die Kündigung des Dienstvertrags maßgebenden Frist kündigen. Reinshagen 36.

4. Unter dem „Gehalt" ist nur die nach Zeitabschnitten berechnete feste Vergütung zu verstehen, bei einem ohne Gehalt, z. B. nur auf Tantieme oder Provision angestellten Gehilfen hat also der Prinzipal nicht die Möglichkeit, durch Fortzahlung des „zuletzt bezogenen Gehalts" die Konkurrenzklausel aufrechtzuerhalten. Reinshagen 36 ff.

5. Die Vorschrift, daß der Prinzipal die Wirksamkeit der Konkurrenzklausel durch Fortzahlung des Gehalts erhalten kann, ist ohne praktische Bedeutung. Ritter 124.

III. Abs. 2.

1. Nicht nur wenn der Handlungsgehilfe durch sein Verhalten dem Prinzipal Anlaß zur Auflösung des Vertrags gegeben hat, besteht der Anspruch auf die Strafe, sondern auch wenn der Prinzipal aus einem anderen gerechten Anlasse, den er nicht verschuldet hat, das Vertragsverhältnis löst. OLG. **1** 366 (Oldenburg).

2. Eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe unterliegt der Herabsetzung gemäß § 343 BGB.; denn es gilt, eine unerfahrene, wirtschaftlich schwache Person vor einer zu hohen Strafe zu bewahren. LG. Annaberg, SächsA. **10** 772.

Bei Würdigung der Zulässigkeit und Höhe einer Vertragsstrafe ist neben dem Maßstabe, der aus Stellung und Gehalt des Handlungsgehilfen zu entnehmen ist, auch das Interesse des Prinzipals an der Verhütung der Konkurrenz zu berücksichtigen. BayrObLG., R. **03** 161.

3. Verzugszinsen aus der gegen einen Geschäftsreisenden festgesetzten Vertragsstrafe kann der Prinzipal nur nach dem BGB., nicht nach dem HGB., also nur in Höhe von 4 pCt. verlangen. **RG.** Puchelts Z. **34** 15.

IV. Abs. 2 und 3. Eine Konkurrenzklausel, in der für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine Strafe versprochen wird, läuft der Vorschrift des § 75 Abs. 2 Satz 1 zuwider und ist insoweit nichtig. Denn nach dieser Bestimmung kann die Strafe unter allen Umständen nur einmal gefordert werden: sobald der Gehilfe der übernommenen Verpflichtung zuwiderhandelt, ist die Strafe verwirkt, ist aber auch der Anspruch auf Erfüllung und damit die Möglichkeit des nochmaligen Verwirkens der Strafe ausgeschlossen. Reinshagen 46.

Die Bestimmungen des § 75 sind auf technische Angestellte nicht anwendbar. OLG. **1** 53 (Karlsruhe), s. § 74 Abs. 1 Nr. 5.

**§ 76.** Handlungslehrlinge.

1. Handlungslehrlinge sind Personen, welche zwecks Erlernung des kaufmännischen Gewerbes in den Dienst eines Kaufmanns treten. Cosack 115. Was §§ 76—82 für den Lehrvertrag von Handlungslehrlingen festsetzen, gilt nur für den Lehrherrn, der ein Kaufmann ist. Lotmar 291.

2. Der Lehrvertrag ist ein Dienstvertrag im Sinne des BGB. Staub 296 Anm. 1, Düringer-Hachenburg I 248 Anm. I zu § 77 und Lotmar 289; a. A. Goldmann 378 Anm. 1 I. Der Lehrvertrag ist ein selbständiger Vertrag eigener Natur.

3. Dem Anspruche des Lehrlings auf Vergütung kommt i. A. nicht die be-

sondere rechtliche Auszeichnung zu, die derjenige des Handlungsgehilfen besitzt (Unpfändbarkeit usw.). Ritter 129.

4. Der Anspruch auf Dienste des Lehrlings kann nicht erzwungen, der Lehrling nicht zwangsweise zur Lehre zurückgebracht werden. Ritter 129.

5. Die Unterweisung des Lehrlings hat in der durch den Zweck der Ausbildung gebotenen Reihenfolge und Ausdehnung zu erfolgen, wobei der Lehrherr sein bestes Ermessen walten lassen muß. Dabei kann im Anfange der Ausbildung, wenn die Natur des Geschäfts es mit sich bringt, der Lehrling auch zu Hausknechts- oder Handlanger-Arbeiten herangezogen werden. OLG. Hamburg, HansGerZ. **00** 209. Es verdient auch der rohe äußere Dienst von dem Lehrling aus eigener Betätigung erlernt zu werden. Nur wenn der Prinzipal den Lehrling während eines überwiegenden Teiles seiner Lehrzeit ausschließlich oder hauptsächlich als Markthelfer und Laufbursche verwenden würde, würde er gegen seine Ausbildungspflicht verstoßen. SächsOLG. **21** 365.

Andererseits hat dasselbe SächsOLG. **23** 521 erklärt, daß ein im Bankgeschäfte tätiger Lehrling mit höherer Schulbildung zu Dienstleistungen niederen Grades nicht verpflichtet ist.

**§ 77.** 1. Verbleibt der Lehrling nach Ablauf der Lehrzeit, so gilt das Lehrverhältnis keineswegs analog § 625 BGB. als stillschweigend fortgesetzt. Der Lehrling kann vielmehr verlangen, daß ihm nach Ablauf der Dienstzeit für seine Dienste Vergütung gewährt werde. Er ist sodann Handlungsgehilfe. Düringer-Hachenburg I 248 Anm. II.

2. Wird von dem Kündigungsrechte des Abs. 4 Gebrauch gemacht, so kann die Vergütung sowohl wie das Lehrgeld anteilig verlangt werden. Ritter 130.

Der Tod des Prinzipals gewährt das Recht der jederzeitigen Aufhebung des Lehrverhältnisses während des mit dem Zeitpunkte des Todes neu beginnenden Probemonats.

Der neue Probemonat läuft nicht, wenn von mehreren Prinzipalen nur einer oder einzelne sterben. Ritter 131.

**§ 78.** 1. Das „andere" Gewerbe muß ein nicht kaufmännisches sein, nicht etwa nur ein anders geartetes Handelsgewerbe (andere Branche) Dove 62 Anm. 4.

2. Das Lehrverhältnis endigt dann nicht, wenn der Lehrling oder sein gesetzlicher Vertreter wissentlich die unwahre schriftliche Erklärung abgegeben hat, daß der Lehrling zu einem anderen Beruf oder Gewerbe übergehen werde. Es endigt nur dann, wenn die Erklärung in gutem Glauben abgegeben worden ist. Tritt der Lehrling aber der Erklärung zuwider vor dem Ablaufe von 9 Monaten in ein anderes Geschäft als Handlungslehrling oder Handlungsgehilfe ein, so ist er in Gemäßheit des § 78 dem Lehrherrn schadensersatzpflichtig, ganz gleich, ob die Erklärung von vornherein wahr war oder nicht. Diese Auslegung entspricht dem § 138 BGB., welcher auch auf dem Gebiete des Handelsrechts zur Anwendung zu gelangen hat und unsittliche Rechtsgeschäfte — und dies sind lügenhafte Erklärungen im Sinne des § 78 — für nichtig erklärt. Rudorff, R. **00** 525 f. gegen Ritter, Lehren des Handelsrechts 131 e und R. **01** 132 und Cosack 117 N. 8c; vgl. auch OLG. Hamburg, R. **00** 377, OLG. **1** 277.

3. Der Übergang zu einem anderen Berufe liegt auch dann vor, wenn der Lehrling aus dem Geschäft eines Krämers in das eines Kaufmanns, oder aus einem kaufmännischen Geschäft in eine Fabrik übertreten, oder den praktischen Dienst in einem Eisendetailgeschäft mit der theorischen Ausbildung auf einer Handelshochschule vertauschen will, um nachher in die Speditionsbranche überzugehen. OLG. **1** 227 (Hamburg), auch HansGerZ. **00** 210.

4. Ist das Vertragsverhältnis vom Lehrherrn wegen eines wichtigen Grundes nach § 72 aufgehoben, so kann der dem Lehrherrn nach § 70 Abs. 2

erwachsene Schadensersatzanspruch nicht mehr dadurch beeinträchtigt werden, daß der gesetzliche Vertreter des Lehrlings dem Lehrherrn die Wahl eines anderen Berufs gemäß § 78 anzeigt. SächsOLG. **21** 368.

**§ 79.** Die Schriftlichkeit des Lehrvertrags ist nur Bedingung der Ansprüche gegen den Lehrling. Der Anspruch gegen Vater und Vormund, welche im eigenen Namen den Lehrvertrag abgeschlossen haben, ist unabhängig von der Schriftlichkeit. Lewinsohn, Schadensersatzansprüche aus dem kaufmännischen Lehrvertrage, JW. **02** 245; Staub I 302.

Fällt der Anspruch gegen den Lehrling fort, so fällt damit auch im Falle des § 78 Abs. 2 Satz 2 der Anspruch gegen den neuen Prinzipal fort. Staub I 302, Düringer-Hachenburg I 252, a. A. Makower I 135.

**§ 80.** 1. Der Lehrling muß im Gegensatze zum Handlungsgehilfen das Zeugnis über Kenntnisse, Fähigkeiten, sowie Betragen annehmen. Dove 63 Anm. 1.

2. Nach Staub I 303 Anm. 1 bedarf es eines Antrags des Lehrlings gegenüber dem Prinzipal auf Ausstellung eines Zeugnisses; dagegen Goldmann I 393 Anm. 1 I 2, Düringer-Hachenburg I 253 Anm. I, Lehmann-Ring I 190 Anm. 1.

3. Ebenso auch Ritter 129. Der Prinzipal ist verpflichtet, das Zeugnis bei Beendigung des Dienstverhältnisses ohne weiteres, d. h. ohne besonderes Verlangen, auszustellen und er ist mit der Erteilung des Zeugnisses im Verzuge, wenn das Lehrverhältnis beendet und eine mäßige Frist verstrichen ist.

4. Der Lehrherr ist, wenn der Lehrling sich in ungezogener Weise geweigert hat, einem ihm in rechtmäßiger Weise erteilten Auftrage nachzukommen, berechtigt, den Passus in das Zeugnis aufzunehmen, daß das Betragen des Lehrlings, insbesondere die Verweigerung des schuldigen Gehorsams, die Entlassung aus der Lehrzeit veranlaßt habe. OLG. Dresden, DJZ. **03** 35, OLG. **5** 273, SächsOLG. **23** 521; Staub § 80 Note 2; Goldmann § 80 Anm. 1 II.

**§ 81.** Es ist fraglich, ob ein mit Personen, die nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte sind, abgeschlossener Lehrvertrag nichtig ist. Staub I 303 Anm. 1 verneint diese Frage; dagegen erklären Düringer-Hachenburg I 253 Anm. 1; Lehmann-Ring I 130 Anm. 1 und Goldmann I 375 Anm. 1 II 1 einen unter Verletzung der Vorschriften dieses Paragraphen abgeschlossenen Vertrag für nichtig. Nach Ritter 127 bildet das Verbotsgesetz nur einen Grund zur sofortigen Aufhebung des Lehrverhältnisses, macht aber den Lehrvertrag nicht ungültig.

## Siebenter Abschnitt.

## Handlungsagenten.

Vorbemerkung: Lebhaft umstritten ist die Frage, ob der Agent im Konkurse des Geschäftsherrn das Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus § 61 Nr. 1 KO. hat. Die Majorität der Stimmen in Theorie und Praxis neigen wohl jetzt schon zu der Ansicht, es ihm zu versagen, und dies u. E. mit Recht; denn der Agent ist — trotz Lotmar § 84 Nr. 2 — kein Bediensteter des Geschäftsherrn und steht in keiner Weise den Personen gleich, welche zweifelsfrei im § 61 Nr. 1 priviligiert sind.

Die Agenten selbst, die sonst ihre selbständige Stellung gegenüber den Geschäftsherren sehr eifersüchtig wahren, haben in ihrem „Verein der deutschen Agenten" eine Bewegung inszeniert, die darauf abzielt, ihnen dieses Konkursprivileg ausdrücklich zu verschaffen. Freilich ist dieser Bewegung bis jetzt der Erfolg versagt geblieben.

Literatur: Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehre von H. Dove und M. Apt. — Jacusiel, Das Recht

der Agenten und Mäkler, Berlin 1900. — Immerwahr, Das Recht der Handlungsagenten, Berlin 1900. — Ritter: Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts, Berlin 1900.

**§ 84.** 1. Die von der Regelung im Allg. deutschen HGB. seinerzeit als noch nicht spruchreif ausgeschlossene Materie der Handlungsagenten bildet einen neuen Bestandteil des HGB. vom 10. Mai 1897. Auch letzteres beschränkt sich auf einige Leitsätze, in denen die Rechtsentwickelung des letzten Drittels des vorigen Jahrhunderts zusammengefaßt ist. Immerwahr § 1.

2. Agenturvertrag.

a) Zum Tatbestande des Arbeitsvertrags, den ein Handlungsagent als solcher schließt, gehört, daß eine Partei Kaufmann ist. Der Handlungsagent selbst ist, indem er „die Geschäfte der Handlungsagenten" und damit ein Handelsgewerbe betreibt, gemäß § 1 Abs. 1 und 2 Nr. 7 ein Kaufmann. In einem von ihm geschlossenen Agenturvertrag ist daher der Arbeitnehmer ein Kaufmann. Ferner ist in jedem Agenturvertrage der Arbeitgeber ein Kaufmann, nach der Definition des § 84. Das negative Erfordernis der Definition — „ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein" — ist unerfüllbar, nämlich unvereinbar mit den folgenden positiven; denn wenn einer betraut ist mit der Geschäftsvermittelung oder der Geschäftsschließung für das Handelsgewerbe eines anderen, so hat er „kaufmännische Dienste" zu leisten. Wenn er mit dieser Arbeit „ständig betraut" oder zu derselben „bestellt" (§ 89) ist, so ist er „angestellt". Er ist ferner angestellt „in einem Handelsgewerbe", wenn er ständig damit betraut ist, für ein Handelsgewerbe seine Arbeit zu leisten. Aus alledem ergibt sich, daß jeder Handlungsagent ein Handlungsgehilfe ist. Lotmar 291/93 (s. auch JDR. 2 zu §§ 611 ff., 631 ff. BGB. auf S. 324); a. A. die herrschende Meinung, vgl. z. B. Immerwahr 37f.

Nach Immerwahr 13/14 „ist der Agenturvertrag als Dienstvertrag nach BGB. zu konstruieren". Cosack, Lehrb. d. bürg. Rechtes I § 143 Nr. I 5 rechnet den Vertrag des Handlungsagenten zu den von ihm sog. freien Dienstverträgen. Für Riezler, Werkvertrag 84 und Makower 44 ist der Agenturvertrag ein Werkvertrag.

b) Es besteht zwischen dem Geschäftsherrn und dem Handlungsagenten ein Vertrauensverhältnis, zufolge dessen der erstere dem letzteren nicht nur für einen einzelnen bestimmten Fall, auch nicht für mehrere bestimmte einzelne Fälle, sondern allgemein für alle sich darbietenden Fälle oder doch für eine von vornherein nicht bestimmte Anzahl oder Gruppe von Fällen — wenn auch immerhin mit einer zeitlichen oder örtlicher Begrenzung — mit Wahrnehmung seiner Interessen betraut, der letztere sich zur Wahrnehmung dieser Interessen verpflichtet hat. In diesem Vertrauensverhältnisse liegt ein wesentliches Kriterium des Unterschieds zwischen dem Begriffe des Handlungsagenten und dem des Handelsmäklers. Goldmann, PosMschr. **01** 127.

Die Eigenschaft des Agenten ist nach dem vorliegenden Vertragsverhältnisse zu beurteilen. Sie wird nicht dadurch beeinflußt, daß im einzelnen Falle mit dem Ausdruck Agentur ein engerer Begriff verbunden ist, als sich aus dem Gesetz ergibt. OLG. Hamburg, HansGerZ. **01** 115.

c) Der Vertrag des Geschäftsherrn mit dem Handlungsagenten ist kein reiner Dienstvertrag, durch welchen der Arbeitnehmer zur Dienstleistung gegen Entgelt lediglich verpflichtet ist, so daß also der Arbeitgeber auf die Dienstleistung verzichten kann, sofern er nur die Vergütung nach wie vor bezahlt, sondern der Vertrag gibt dem Agenten auch das Recht auf den Verkauf, auf Mitwirkung zu einem für beide Teile gemeinsamen Erfolge. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **01** 135. Vgl. **RG. 31** 59, SächsA. **12** 575.

Nach Staub I 306 Anm. 4 ist der Agenturvertrag ein Dienstvertrag über

Geschäftsbesorgung nach § 675 BGB.; ebenso Düringer-Hachenburg I 257 Anm. III 1 und OLG. Frankfurt, R. 03 295.

Dagegen will Makower 144 Anm. II den Agenturvertrag als einen Werkvertrag bezeichnet wissen. Vgl. auch RG. 31 60.

d) Die Rechtsstellung der Agenten der privaten Versicherungsunternehmungen regelt sich seit dem Inkrafttreten des Reichsgesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 allgemein, sowohl bei den Erwerbsunternehmungen wie bei den Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit, nach den Vorschriften des HGB. über die Handlungsagenten. Wörner, Das Mobiliar- und Privatfeuerversicherungswesen (Leipzig 1903) 16.

3. Kompetenz der Agenten.

a) Der Handlungsagent ist präsumtiv nicht Abschlußagent (Immerwahr 21), sondern nur Vermittlungsagent. Die von ihm im Namen des Prinzipals getroffenen Abreden muß dieser aber dann gegen sich gelten lassen, wenn er aus ihnen Rechte für sich herleiten will und dem Dritten vor solcher Ratihabition des vom Agenten — als Vertreter ohne Vertretungsmacht — Vereinbarten keine gegenteilige Willensmeinung des Prinzipals zugegangen, oder auf andere Weise bekannt geworden ist. OLG. Frankfurt, R. 03 295; vgl. auch RG. JW. 00 804.

b) Der als Vertreter bezeichnete Agent einer Versicherungsgesellschaft ist kein eigentlicher Stellvertreter, sondern nur eine von der Gesellschaft angestellte Vertrauens- und Mittelsperson zwischen ihr und den Versicherungsnehmern. RG. 46 174, SächsA. 12 575; ebenso RG. Gruchots Beitr. 46 114, JW. 01 581.

c) Wer auf eigene Rechnung kauft und verkauft, ist nicht Agent, auch wenn er Generalvertreter des Lieferanten genannt wird. RG. 46 121, SächsA. 12 575, SeuffA. 55 Nr. 214.

d) Ist jemand Agent, so ist damit ausgeschlossen, daß er Handlungsbevollmächtigter zum gesamten Geschäftsbetrieb ist. RG. JW. 02 424.

4. Pflichten des Agenten.

a) Ein Agent hat seinem Auftraggeber gegenüber die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden. Er hat zu beweisen, daß er diese Sorgfalt beobachtet hat. Insbesondere hat er auch die Kreditwürdigkeit eines Kunden zu prüfen. Dieser Pflicht hat er genügt, wenn er zur Zeit des in Betracht kommenden Geschäftsschlusses aus dem Kreise derjenigen, welche mit dem Kunden in geschäftlicher Verbindung standen und stehen, in gewissenhafter Weise Erkundigungen einzieht und dementsprechend sich ein Urteil bildet. LG. Mainz, HessRpr. 01 82.

b) Der Agent handelt pflichtwidrig, wenn er die ihm überlassenen Waren zu einem billigeren Preise verkauft, als er angewiesen ist, und es während längerer Zeit unterläßt, dem Auftraggeber den Geschäftsabschluß mitzuteilen. LG. Mainz, HessRpr. 01 172.

c) Der Agent hat keine Pflicht, den bisher von ihm vertretenen Firmen mitzuteilen, daß er noch eine anderweitige Vertretung übernehme, selbst dann nicht, wenn es zweifelhaft ist, ob die neue Vertretung mit der alten kollidiert. Jacusiel, Recht der Agenten 17, Staub I 308. A. A. Düringer-Hachenburg I 263.

d) Der Agent zweier Schiffahrtsgesellschaften, die in einem Poolverhältnisse zueinander stehen, hat nur die gemeinschaftlichen Interessen der Mitglieder des Pools, nicht aber die Sonderinteressen des einen oder anderen Teiles zu vertreten. Er macht sich deshalb keiner Pflichtverletzung schuldig, wenn er während der Dauer des Pools oder für die Zeit nach dessen Ablaufe für ein einzelnes Mitglied des Pools tätig wird. OLG. Hamburg, HansGerZ. 01 7.

5. Pflichten des Geschäftsherrn.

a) Bezüglich der Frage, ob und inwieweit bei einem vertraglichen Agenturverhältnisse der Kommittent verpflichtet sei, dem Agenten Gelegenheit zum Abschlusse von Geschäften und folgeweise zum Verdienen der Provision zu geben, ist davon auszugehen, daß dem Letzteren diese Gelegenheit seitens des Kommittenten zwar nicht willkürlich entzogen und er über die einschlägigen Verhältnisse nicht getäuscht werden darf, daß aber andererseits auch seine Tätigkeit von den Verhältnissen des Geschäfts, insbesondere von den eintretenden Konjunkturen abhängig ist und daß dem Kommittenten nicht zugemutet werden kann, mit Schaden oder doch ohne Gewinn lediglich im Interesse des Agenten Geschäfte zu machen. **RG.** R. **03** 295.

b) Hat der Handlungsagent keine Abschlußvollmacht, so kann er nicht die Ausführung seiner Aufträge vom Geschäftsherrn verlangen. OLG. **6** 189 (Hamburg).

c) Bei einem durch den Handlungsagenten vermittelten Geschäfte muß der Geschäftsherr die über die Qualität der Ware von dem Agenten abgegebenen Erklärungen selbst dann gegen sich gelten lassen, wenn der Agent nicht zum Abschlusse bevollmächtigt, sondern nur zur Entgegennahme der Offerten ermächtigt war. **RG. 51** 147, SeuffA. **57** 464, HansGerZ. **02** 193.

6. Im Verhältnisse zwischen einem inländischen Geschäftsherrn und dem im Auslande für ihn tätigen Agenten ist das Interesse des Geschäftsherrn als für den Sitz des Rechtsverhältnisses maßgebend anzusehen. OLG. **6** 5 (Hamburg).

**§ 85.** 1. In der Bezeichnung eines Agenten als „Vertreter" liegt nach kaufmännischem Sprachgebrauche nicht eine Vollmachtserteilung. Die sogenannten Vertreter sind keineswegs immer Handlungsagenten, sondern häufig Händler, welche die Ware des Vertretenen für eigene Rechnung verkaufen. Cosack 243 ff.

2. Erfolgt der Abschluß des Geschäfts durch den Agenten an den Geschäftsherrn ohne Benennung eines Gegenkontrahenten, so findet die für den Handlungsmäkler gegebene Bestimmung des § 95 Anwendung. Düringer-Hachenburg I 264 Anm. V; dagegen Staub I 307 Anm. 8 u. Lehmann-Ring I 196 Anm. 4, Jacusiel meint, daß der Geschäftsherr nur gebunden ist, wenn ihm alle erheblichen Bedingungen der Geschäfte, deren Genehmigung nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden darf, mitgeteilt sind.

3. § 85 findet nicht analoge Anwendung, wenn der Agent nicht definitiv namens des Geschäftherrn abschließt, sondern nur eine bindende Offerte des Dritten entgegennimmt. Jacusiel 43, Immerwahr 94; dagegen Staub I 311 Anm. 4.

Zur selbständigen Stellung und zur Annahme von Offerten ist der nur vermittelnde Agent nicht befugt, dagegen ist er zur Ablehnung von Offerten befugt. Immerwahr 76/77.

4. Die Unverzüglichkeit der Ablehnung des vom Vermittelungsagenten geschlossenen und von einer Seite dem Geschäftsherrn mitgeteilten Geschäfts läßt ebenso wie § 377 HGB. Spielraum für die Entschließung wegen der nötigen Nachforschungen. Der Begriff der Unverzüglichkeit ist auch für das Handelsgesetzbuch durch § 121 BGB. dahin festgelegt, daß sie erfüllt erscheint, wenn ein schuldhaftes Zögern nicht stattgefunden hat. OLG. Breslau, R. **03** 405.

**§ 86.** Mängelanzeigen 2c. können nur an den Agenten gerichtet werden, welcher das betreffende Geschäft vermittelt hat. Immerwahr 104, Cosack 122. A. A. Staub I 313 Anm. 4, Düringer-Hachenburg I 187.

**§ 87.** Voraussetzung für die Anwendung des § 55 ist, daß der reisende Handlungsagent Abschlußvollmacht besitzt. SächsOLG. **23** 505, Immerwahr 63.

**§ 88.** Abs. 1. 1. Der Agent kann, ohne seinen Charakter als solcher zu verlieren, ein festes Gehalt beziehen. Immerwahr 126. A. A. Düringer-Hachenburg I 257.

2. Alle Geschäfte, welche der Geschäftsherr während der Dauer des Agenturvertrags mit den von dem Agenten neu zugeführten Kunden abschließt, sind auch dann auf die Tätigkeit des Agenten zurückzuführen und daher provisionspflichtig, wenn dieser an der Vermittelung und dem Abschlusse des speziellen Geschäfts in keiner Weise beteiligt ist. Gutachten der Ältesten, Dove und Apt 39 Nr. 4, 42 Nr. 10, Makower 149. A. A. Staub I 314 Anm. 1.

3. Der Provisionsanspruch ist schon dann erworben, wenn der Prinzipal alles getan hat, was erforderlich ist, damit er den Anspruch auf die Gegenleistung geltend machen kann, also i. A. schon mit dem Abschlusse des durch die Tätigkeit des Handlungsgehilfen herbeigeführten Geschäfts. Ritter 109.

4. Die Fälligkeit der Provisionsbeträge tritt mangels anderer Vereinbarung unmittelbar nach der Abrechnung am Schlusse eines jeden Kalenderhalbjahrs für sämtliche Provisionsbeträge der betreffenden Periode ein. Immerwahr 149, Staub I 316 Anm. 9, Cosack 241. A. A. Makower I 149.

Der Provisionsanspruch des Agenten ist erst nach Eingang des Kaufpreises und nur im Verhältnisse des eingegangenen Betrags zu entrichten. Steht der Prinzipal aus Gründen der geschäftlichen Kulanz von Eintreibung des Restkaufgeldes ab, so kann ihm das nicht zum Vorwurfe von dem Agenten gemacht werden. Solches Verhalten kann im Geschäftsinteresse liegen und gereicht auch dem Vertreter zum Vorteile. OLG. **6** 7 (Hamburg).

5. Ein Vorzugsrecht im Konkurse hat der Agent nicht, denn er hat sich nicht, wie es § 61 Nr. 1 KonkO. verlangt, dem Geschäftsherrn „verdungen". Immerwahr 151, Düringer, R. **02** 601, **RG.** ThürBl. **50** 288, Staub I 317 Anm. 16, SächsOLG. **24** 139, Lehmann-Ring I 190 Nr. 5, Gareis 630, DJZ. **03** 179 (KG.). A. A. Jäger, KO. § 61 Nr. 1 und DJZ. **02** 362, Goldmann I 419 Anm. 3 V, OLG. Naumburg, R. **01** 265, weil der Agenturvertrag als Dienstvertrag eine gewisse Abhängigkeit vom Geschäftsherrn begründe. Dieser Ansicht ist offenbar, auch wenn er es nicht sagt, Lotmar, da er den Handlungsagenten für einen Handlungsgehilfen hält (s. § 84 Nr. 2).

6. Auch bei vertraglich bestimmter Dauer des Agenturverhältnisses hat der Agent bei unberechtigter Entlassung keinen klagbaren Anspruch auf weitere Ausübung seiner Tätigkeit, ist vielmehr auf einen Schadensersatzanspruch beschränkt. OLG. **6** 5 (Hamburg).

Dagegen kann der Agent gegen den Prinzipal nicht Schadensersatzansprüche geltend machen mit der Begründung, daß dieser durch Mißwirtschaft das Geschäft ruiniere. OLG. **4** 242 (Hamburg).

Abs. 2. 1. Beansprucht der Agent für nicht zur Ausführung gelangte Geschäfte Provision, so trifft ihn die Beweislast dafür, daß keine wichtigen Gründe in der Person des Kunden für die Nichteffektuierung vorlagen. OLG. Hamburg, JDZ. **02** 156.

Der Geschäftsherr schuldet Aufschluß über den Grund der Retournierung, damit der Agent in die Lage kommt, die Wichtigkeit des Grundes, aus dem der Geschäftsherr nicht auf Abnahme der Ware bestand, zu erwägen und event. zu widerlegen. OLG. **7** 150 (Dresden).

2. Ein die Ausführung des Geschäfts vereitelndes Verhalten des Geschäftsherrn, welches den Agenten zur Forderung der Provision gemäß Abs. 2 berechtigt, ist darin erblickt worden, daß der Geschäftsherr als Verkäufer eine ausbedungene Eigenschaft der Ware nicht leisten konnte, und der Käufer deshalb mit Recht die Erfüllung des Geschäfts verweigerte. **RG.** DJZ. **03** 549.

3. Die Provision ist nicht verdient, wenn die Ausführung des Geschäfts infolge eines unglücklichen Zufalls (in der Person des Geschäftsherrn) unterbleibt. Der Agent soll nach dem Willen des Gesetzes nur vor Willkür und sonstiger Schuld des Geschäftsherrn behütet werden. Staub I 316 Anm. 6, Jacusiel 22, Goldmann I 417; a. A. Düringer-Hachenburg I 271, vgl. auch Dove-Apt I 49 Nr. 25.

4. Im Falle der Verkäufer die vom Agenten vermittelten Lieferungsgeschäfte absichtlich nicht ausgeführt hat und deshalb der Käufer vom Vertrage zurückgetreten ist, kommt dem Vermittler die Vermittlungsgebühr zu und es wird insofern die absichtliche Hinderung der Erfüllung der ordnungsmäßigen Abwickelung des Geschäfts gleichgestellt. OLG. Dresden, DJZ. **00** 464.

**§ 89.** 1. Gareis bezeichnet den Agenten des § 89 als Bezirksagenten.

2. Dieser Paragraph gibt eine Auslegungsregel, welche der Natur der Sache entspricht und deshalb auch für die Zeit vor dem 1. 1. 00 anwendbar ist. **RG.** JW. **01** 617, SeuffBl. **67** 18, SächsA. **12** 575.

3. Die Gesetzesworte „in dem Bezirke" können keinen anderen Sinn haben, als etwa die Worte „mit den im Bezirke domizilierenden Gegenkontrahenten", oder „mit den Firmen seines Geschäftsrayons". Das Entscheidende ist, daß es ein Kontrahent aus dem Bezirke des Agenten ist. Ob das einzelne Geschäft an einem im Bezirke liegenden Orte oder anderwärts abgeschlossen ist, ist gleichgültig. Immerwahr 144, Jacusiel 28, Dove-Apt I 39 Nr. 3, Makower 150 Anm. I; a. A. Staub I 318 Anm. 3.

4. Ob der ausdrücklich für einen bestimmten Bezirk bestellte Handlungsagent auch für solche Geschäfte, welche ohne seine Mitwirkung durch den Geschäftsherrn geschlossen sind, dann Provision verlangen kann, wenn seine Mitwirkung nur infolge seiner Untätigkeit unterblieben ist, ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen. OLG. **4** 308 (Hamburg).

Der Sprachgebrauch versteht unter direkten Geschäften des Geschäftsherrn alle die Geschäfte, die er im Bezirke seines Agenten abschließt, ohne sich seiner Vermittelung zu bedienen. **RG.** JW. **29** 186.

**§ 90.** Dove-Apt I 55: Portoauslagen und Telegrammgebühren sind dem Agenten im Zweifel zu erstatten.

**§ 91.** In dem Buchauszuge sind alle provisionspflichtigen Geschäfte, nicht bloß die zur Ausführung gelangten, sondern auch die noch schwebenden aufzunehmen. Goldmann I 425, Jacusiel 34, Dove-Apt I 58 Nr. 46; a. A. Staub I 319 Anm. 1, Immerwahr 156 f.

Der Pflicht, dem Handlungsagenten bei der Abrechnung auf dessen Verlangen den Buchauszug mitzuteilen, kann sich der Geschäftherr mit Rücksicht auf § 91 nicht mehr damit entziehen, daß er sich auf die erteilten Einzelauszüge beruft. Jacusiel 35, Goldmann I 425; a. A. Staub I 319 Anm. 2.

Der Agent kann aber auch nur den Buchauszug und nicht etwa Einsicht in die Handlungsbücher des Geschäftsherrn verlangen. **RG.** FrankfRundsch. **00** 221.

**§ 92.** I. Abs. 1. 1. Wird der Geschäftsherr infolge Veränderungen in seinen Geschäftsverhältnissen gezwungen, den Agenturvertrag zu lösen (z. B. weil das Geschäft unlohnend wird), so kann zwar der Agent auf Fortsetzung des Verhältnisses nicht klagen, aber der Geschäftsherr hat den Agenten in diesem Falle zu entschädigen. Die entgegenstehende Ansicht des **RG. 31** 59 beruhte auf einer Auffassung des Agenturvertrags (eine Art gemeinschaftlichen Unternehmens, welches sein Ende erreicht, wenn es nicht mehr lohnend ist), die heute nicht mehr zutrifft; heute greifen die Regeln des Dienstvertrags Platz (Unmöglichkeiten der Erfüllung, die der Geschäftsherr gemäß § 325 BGB. zu vertreten hat). Staub

I 321 Anm. 3; Jacusiel 49; Düringer-Hachenburg I 275, 278 IV 2f; OLG. **6** 5 (Hamburg); Immerwahr 201; a. A. Lehmann 200/202.

2. Die §§ 675, 671 BGB. beschränken das Kündigungsrecht des Agenten nicht, wenn jederzeitige Kündigung vereinbart ist. Jacusiel 48, auch Staub I 320 Anm. 1.

3. Auch bei vertraglich bestimmter Dauer des Agenturverhältnisses hat der Agent bei unberechtigter Entlassung keinen klagbaren Anspruch auf weitere Ausübung seiner Tätigkeit, sondern nur einen Schadensersatzanspruch. OLG. **6** 5 (Hamburg), ebenso Staub § 92 Anm. 7.

II. Abs. 2. 1. Bloße Unziemlichkeiten des Agenten geben dem Geschäftsherrn keinen Grund zur fristlosen Lösung des Verhältnisses. Es müssen „erhebliche Ehrverletzungen" wie im § 72 vorliegen. OLG. **7** 385 (Hamburg).

2. Staub I 321 Anm. 10 und Denkschr. 73 erblicken in der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Geschäftsherrn einen wichtigen Grund, der das Agenturverhältnis sofort auflösbar macht. Dagegen Immerwahr 199.

Kündigt der Konkursverwalter auf Grund der Konkurseröffnung das Agenturverhältnis, so ist der Agent nach § 22 Abs. 2 KO. Schadensersatz zu verlangen berechtigt. Staub a. a. O., Düringer-Hachenburg I 275. A. A. Lehmann 202.

Immerwahr 204 erachtet die Schadensersatzpflicht nur bei befristeten Agenturverträgen für praktisch.

III. § 92 ist auf einen vor dem 1. 1. 00 geschlossenen Agenturvertrag nach Artt. 2 und 171 EG. z. HGB. anwendbar. OLG. **1** 436 (Stettin).

## Achter Abschnitt.

## Handelsmäkler.

Vorbemerkung: Ein reicheres Material, als für das besondere Recht der Handelsmäkler zusammengetragen werden konnte, ist in IDR. **2** zum bürgerlichen Mäklervertrage veröffentlicht worden. Da gerade die wesentlichsten Grundsätze der §§ 652 ff. BGB. auch im Handelsrecht Anwendung finden und die bürgerlichen Vorschriften überall tief in die des Handelsrechts eingreifen, so sei hiermit auf die Notwendigkeit der Heranziehung des Materials zu den §§ 652 ff. ausdrücklich hingewiesen.

Literatur: Jacusiel, Das Recht der Agenten und Mäkler, Berlin 1902. — Riesenfeld, Zivilmäkler, Gruchots Beitr. **36** 790 u. **37** 27. — Riesenfeld, Registerpflicht der Kursmäkler, Holdheims MSchr. 7 10.

**§ 93.** 1. Die „Handelsmäkler" im Sinne der §§ 93 ff. sind — nach erfolgter Beseitigung des Instituts der „amtlich bestellten Vermittler für Handelsgeschäfte" im Sinne der Art. 66 ff. AGzHGB. — sämtlich nur noch „Privathandelsmäkler" (vgl. Riesenfeld, Zivilmäkler, Gruchots Beitr. **36** 790 und **37** 27 ff.) und gemäß § 1 Abs. II Ziff. 7 HGB. Kaufleute. Sie behalten diese Eigenschaft und unterliegen daher (§ 29 a. a. O.), sofern sie nicht etwa im einzelnen Falle als Minderkaufleute anzusehen sind (§ 4 a. a. O.), der Pflicht zur Anmeldung und Eintragung ihrer Firma in das Handelsregister auch dann, wenn sie für gewisse Angelegenheiten „amtlich bestellt" oder „öffentlich ermächtigt" (§§ 373 Abs. II, 376 Abs. III, 388 Abs. II, 417 Abs. I, 437 Abs. II HGB. und §§ 385, 1221 BGB.) sind. Hierzu werden insbesondere die auf Grund der §§ 30 ff. des Reichsbörsengesetzes vom 22. Juni 1896, von den Landesregierungen „ernannten", als Gehilfen bei den amtlichen Kursnotierungen (§ 29 Abs. II daselbst) berufenen „Kursmäkler" betroffen. Sie haben nur in Ansehung der „Mitwirkung bei der amtlichen Festsetzung des Börsenpreises von

Waren und Wertpapieren" (§ 30 Abs. I daselbst) öffentliche Funktionen zu erfüllen, während sie hinsichtlich der — die Voraussetzung ihrer Ernennung bildenden — Vermittlertätigkeit keine andere Stellung einnehmeu, als die übrigen Handelsmäkler. Gleich letzteren sind sie daher Kaufleute und registerpflichtig; siehe Riesenfeld, Registerpflicht der Kursmäkler, Holdheims MSchr. **7** 10.

2. Der Mäklervertrag ist kein Dienstvertrag und kein Werkvertrag, sondern als ein Vertrag eigener Art zu behandeln. Lotmar 281/82 (s. auch JDR. **2** zu §§ 611 ff., 631 ff. BGB. auf S. 323 Nr. 4); Planck, Komm. zu § 652 BGB.; a. A. Düringer-Hachenburg I 8. Absch. Vorbem. V 2.

Der Handelsmäkler gibt sich nach § 93 nicht mit dem bloßen Nachweise, sondern mit der Vermittlung von Verträgen ab. Ein allein auf Nachweis gerichteter Mäklervertrag unterfällt danach dem BGB., auch wenn der Mäkler ein Handelsmäkler ist. Lotmar 283.

Die Vermittlertätigkeit des Handelsmäklers, die beiden Parteien zugute kommt, wird als beiden Parteien geleistete Arbeit behandelt. Wenn er auch nur von einer den Anstoß oder „Auftrag" erhalten hat, so tritt doch die andere, indem sie sich die Vermittlerarbeit gefallen läßt, sie annimmt, auch ihrerseits zu ihm in ein Arbeitsverhältnis, wird aus bloßem Empfänger der Arbeit zum Arbeitgeber des Handelsmäklers. Denn wie der Handelsmäkler beiden Parteien auskunftspflichtig (§ 101) und schadensersatzpflichtig (§ 98) ist, so sind andererseits beide Parteien zusammen den Entgelt für die Mäklerarbeit zu entrichten schuldig. Lotmar 109.

3. Die Verträge, welche der Handelsmäkler vermittelt, müssen sich auf „Gegenstände des Handelsverkehrs" beziehen. Hierunter fällt aber nicht die Vermittelung eines Gesellschaftsvertrags, da diese nicht zu denjenigen Geschäften gehört, auf welche die Vorschriften über die Handelsmäkler Anwendung erleiden können. Es sind in diesem Falle die Vorschriften des § 652 BGB. anzuwenden. OLG. Hamburg, HansGerZ. **01** 95, OLG. **2** 251, DJZ. **02** 228.

4. Ebenso wie der Tod des Mäklers ist auch Tod bzw. Geschäftsunfähigkeit der Partei Endigungsgrund für den Mäklervertrag. Jacusiel 50, Riesenfeld a. a. O. A. A. Düringer-Hachenburg I 285 Nr. 3, Lehmann-Ring I 204 Nr. 2.

5. Ein lübischer Handelsbrauch, wonach der Auftrag an einen Schiffsmäkler zur Vermittelung eines Frachtvertrags den Auftrag zur Einklarierung des Schiffes nach Beendigung der vermittelten Frachtreise in sich schließt, besteht nicht. OLG. Hamburg, HansGerZ. **02** 69.

**§ 94.** 1. Schlußnote. Da jede Partei ein Interesse daran hat, daß die Gegenpartei die Schlußnote erhalte, kann auf Erteilung der Schlußnote nur von beiden Parteien gemeinsam verzichtet werden, nicht aber von einer Partei für sich allein. Staub I 339 Anm. 4, Jacusiel 20. A. A. Düringer-Hachenburg I 290 Anm. 2.

2. Bei Geschäften zu früher fixierten Bedingungen genügt der Vermerk „zu gehabten Konditionen" in der Schlußnote nur bei Zustimmung beider Kontrahenten. Jacusiel 19.

3. In dem vorbehaltlosen Empfang und Behalten einer Schlußnote ist die Erklärung des Einverständnisses mit ihrem gesamten Inhalte zu erblicken, auch mit dem Inhalte eines darauf befindlichen sichtbaren Aufdrucks. OLG. Hamburg, HansGerZ. **02** 108.

**§ 95.** Die Bindung einer Partei gegenüber dem vorläufig unbekannten Gegenkontrahenten gemäß § 95 ist nicht auf den Fall der Ausstellung von Schlußnoten beschränkt, sie muß auch angenommen werden, wenn, ohne Ausstellung solcher, die Partei, welche den Mäkler beauftragt hat, in den Abschluß des

Geschäfts gewilligt hat, ohne die Gegenpartei zu kennen, falls diese ihr nachher genannt wird und keine begründeten Einwendungen gegen sie zu erheben sind. OLG. 7 150 (Oldenburg).

**§ 98.** Der Mäkler, der Delkredere-Versicherung für einen Wechsel übernommen hat, haftet für die unrichtige Angabe, der versicherte Wechsel sei ein Warenwechsel, während er in Wahrheit keine materielle Grundlage hatte, sondern nur zwecks Geldverschaffung ausgestellt war. OLG. Hamburg, HansGerZ. **02** 9.

**§ 99.** Der Handelsmäkler hat den Mäklerlohn verdient, wenn infolge des Nachweises der Gelegenheit zum Abschlusse des Vertrags der Vertrag zustande gekommen ist. War jedoch der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen, so kann der Lohn erst verlangt werden, wenn die Bedingung eintritt. OLG. Hamburg, HansGerZ. **01** 115.

Vgl. JDR. **2** zu § 652 BGB. Note 3.

---

# Zweites Buch.
# Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

---

Vorbemerkung: 1. Die bekannten Kommentare von Staub VI, Makower, Lehmann-Ring, Goldmann und das Lehrbuch von Cosack sind stets nur mit dem Namen angeführt. Steht die Anmerkung, auf welche Bezug genommen wird, bei dem Paragraphen, zu welchem sie herangezogen wird, so ist nur die Nummer der Anmerkung ohne Angabe des Paragraphen zitiert. Das Gesellschaftsrecht des Kommentars von Düringer-Hachenburg ist noch nicht erschienen.

2. Die Fragen des Steuerrechts sind nicht berücksichtigt, die des Firmen-, Register- und Bilanzrechts nur, insoweit die besonderen Vorschriften dieses Buches dazu Anlaß geben.

3. Dem Plane des „Jahrbuchs" entsprechend ist das Hauptgewicht darauf gelegt, das in den vielen Fachzeitschriften zerstreute Material möglichst vollständig zusammenzustellen. Dabei ist hinzuweisen auf die in Juristenkreisen nur wenig verbreitete „Zeitschrift für Aktienwesen und der Handelsgesellschafter. Juristische Monatsschrift für Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und stille Gesellschaften", herausgegeben von Josef Bauer, Leipzig (zit. Bauers Z.), welche, insbesondere für das Aktienrecht, viele zu Zweifeln Anlaß gebende Fälle aus der Praxis mitteilt.

Die zahlreichen Doktordissertationen, die sich insbesondere mit dem Rechte der offenen Handelsgesellschaften befassen, haben nicht vollständig angeführt und berücksichtigt werden können. —

Literatur: Gierke, Handelsgesellschaft und bürgerliches Recht. AbürgR. 19 114. Auch Sonderabdruck. — Kahl, Die Errichtung von Handelsgesellschaften durch Religiose, in der Festgabe der Berliner Fakultät für Dernburg. Auch Sonderabdruck. — Landgraf, Über die juristischen und wirtschaftlichen Grenzen der verschiedenen Gesellschaftsformen des deutschen Rechtes. BankA. 1 42. — K. Lehmann, Goldschmidts Z. 48 1 ff.: Die zeitliche Anwendbarkeit der Bestimmungen des neuen Handelsgesetzbuchs. — Ders., Wechsel der Unternehmungsform. Goldschmidts Z. 50 1 ff. — Laftig, Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften, Festgabe der Juristenfakultät Berlin für A. Dernburg.

## Allgemeine Bemerkungen zum zweiten Buche.

1. Gierke, a. a. O. 135 ff.: Die handelsrechtliche Gelegenheitsgesellschaft beurteilt sich nach bürgerlichem Rechte (135); ebenso die Gewerbegesellschaft von Minderkaufleuten (136). Juristische Personen treten unter Handelsrecht, wenn sie Kaufleute werden.

Aktiengesellschaften vor der Gründung sind nicht-rechtsfähige Vereine, die primär nach Handels-, subsidiär nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen sind (136).

2. Handelsgesellschaften von Religiosen. Kahl a. a. O.: Die Mitglieder nicht-rechtsfähiger Orden und ordensähnlicher Kongregationen der katholischen Kirche dürfen Handelsgesellschaften, insbesondere auch Gesellschaften m. b. H. errichten, welche ihren Niederlassungen unmittelbar die wirtschaftlichen Vorteile der juristischen Persönlichkeit sichern.

Dies gilt auch für diejenigen Landesteile, in welchen landesgesetzliche Vorschriften bestehen (Art. 84 EGzBGB.), nach welchen eine Religionsgesellschaft oder

geistliche Gesellschaft Rechtsfähigkeit nur im Wege der Gesetzgebung erlangen kann, wie in Elsaß-Lothringen und Preußen (6). Insbesondere steht dem nicht entgegen Art. 13 der preuß. Verf. Art. 13 bezieht sich ausschließlich auf die korporative Rechtsstellung der Religions-, einschließlich der geistlichen Gesellschaften als solcher, und besagt nicht, daß auch ihre einzelnen Mitglieder sich nicht zur Gründung von anderen rechtlich zulässigen Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit verbinden könnten. (Dies beweist die Geschichte der Artt. 13, 14 ff.) Der Erfolg einer derartigen Gesellschaftsgründung stellt auch nicht einen nach Art. 13 der Verfassung rechtswidrigen Zustand dar: objektiv nicht, weil „Korporationsqualität einer geistlichen Gesellschaft im Sinne der Verfassung und handelsgesellschaftliche Rechtsfähigkeit juristisch nicht gleichwertig sind; weil ferner unbeschadet der Identität der Mitglieder doch eine Verschiedenheit der Rechtssubjekte besteht und weil in dem wirtschaftlichen Erfolg an und für sich nicht die Verwirklichung eines gesetzlich unzulässigen Zweckes gelegen ist"; subjektiv nicht, „weil ein agere in fraudem legis nicht nachgewiesen und daher nicht angenommen werden kann (18).

3. Ausländische Handelsgesellschaften: vgl. IDR. **1** zu Artt. 7 ff. EGzBGB. Abschn. I, V b u. Abschn. II, V. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** 253, R. **03** 577, Bauers Z. **11** 59.

Ausländische Handelsgesellschaften, welche die wesentlichen Merkmale einer durch besonderes Reichsgesetz (§ 22 BGB.) geregelten Gesellschaftsform zeigen, fallen nicht unter Art. 10 EGzBGB., sind daher als rechtsfähig zu behandeln, auch ohne daß der Bundesrat durch Beschluß ihre Rechtsfähigkeit anerkennt.

Doch werden die Voraussetzungen bei der eigenartigen Gestaltung des deutschen Rechtes, insbesondere des Rechtes der Aktiengesellschaften nur selten zutreffen, meist daher ein Bundesratsbeschluß erforderlich sein.

Ihre Rechtfertigung findet diese Stellungnahme des Gesetzgebers, wie Neumann, Handausgabe zu Artt. 10 ff. BGB. hervorhebt, darin, daß die gegenseitige Anerkennung gewisser Vereinigungen regelmäßig Gegenstand der in den Staatsverträgen getroffenen Festsetzungen ist, und der Gesetzgeber durch allzu entgegenkommende Vorschriften die Bereitwilligkeit zum Abschlusse solcher dem Zwecke vorteilhafter Verträge mindern würde. —

Staub §§ 33 Anm. 1, 178 Anm. 10 will die Rechts- und Handlungsfähigkeit der ausländischen AG. nach dem Rechte ihres Wohnsitzes behandeln, einer besonderen Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit bedarf es nicht.

4. Wechsel der Unternehmungsform. Die rechtliche Struktur des Wechsels der Unternehmungsform behandelt K. Lehmann a. a. O. Der Wechsel der Unternehmungsform bewirkt entweder keine Änderung der Rechtssubjektivität, das Rechtsobjekt bleibt das gleiche (so bei Umwandlung einer Genossenschaftsform in eine andere Genossenschaftsform, bei Umwandlung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine Aktiengesellschaft, bei Umwandlung einer offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft und einer Kommanditgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft); oder er bewirkt eine Änderung der Rechtssubjektivität, erzeugt aber Gesamtrechtsnachfolge (wie bei Fusion von Aktiengesellschaften, Verstaatlichung und Kommunalisierung einer Aktiengesellschaft, Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung); oder er bewirkt nur, daß ex lege eine Haftung für die Schulden des früheren Trägers eintritt und daß die Geschäftsforderungen den Schuldnern gegenüber als auf den neuen Träger übergegangen gelten (so bei Eintritt von Gesellschaftern in das Geschäft eines Einzelkaufmanns); oder er erzeugt an sich weder nach aktiver noch nach passiver Seite Wirkungen, es entscheiden die allgemeinen Grundsätze des Handelsrechts (HGB. § 25) oder bürgerlichen Rechtes (BGB. § 419). — Die Richtung der Entwickelung vom alten Handelsgesetzbuche zum neuen geht

auf Fortsetzung der Rechtssubjektivität oder doch auf Gesamtrechtsnachfolge; die Entwickelung ist noch nicht abgeschlossen.

# Erster Abschnitt.

## Offene Handelsgesellschaft.*)

Vorbemerkung: Eine zusammenfassende Darstellung des Rechtes der o. HG. ist in den Berichtsjahren 1900 bis 1903 nicht erschienen.

Der Überblick über die Literatur und Praxis wird dadurch sehr erschwert, daß die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft in weitem Umfange für die o HG. maßgebend sind. Es empfiehlt sich daher, die Bemerkungen zu jenen (JDR. 1 und 2 zu § 705 BGB.) auch da zu vergleichen, wo nicht ausdrücklich auf sie verwiesen ist.

Die alte Streitfrage nach der juristischen Natur der o. HG. ist verschiedentlich behandelt und fast einstimmig, und wohl auch endgültig dahin entschieden, daß die o. HG. keine juristische Person, sondern eine Personengemeinschaft zur gesamten Hand ist (§ 105 Nr. 1, § 124). Daß damit nicht alle Schwierigkeiten, die die Konstruktion der o. HG. mit sich bringt, gelöst sind, beweisen die Literaturauszüge und Entscheidungen, die unter § 124 Nr. 6 zusammengestellt sind. — Mehrfach haben ferner zu Erörterungen Anlaß gegeben die Fragen, inwieweit bei Grundstücksübertragungen auf oder von der Gesellschaft Auflassung erforderlich ist, und wie die vertragsmäßige Übernahme des Geschäfts einer aus zwei Personen bestehenden o. HG. durch einen der Gesellschafter zu beurteilen ist (s. § 142).

Literatur: Silberschmidt, AbürgR. 23 1ff.: Kumpanie und Sendeve. Ein Beitrag zur Geschichte der Handelsgesellschaften in Deutschland. — von Hövel, Worin unterscheidet sich die stille Gesellschaft des HGB. von der o. HG. und der Gesellschaft des BGB. Diss. 1903. — Oelfke, Die Haftung der o. HG. und der Gesellschaft des BGB. Diss.— Bauers Z. 8 39, 88, 162, 184; 9 16, 39, 64, 163, 232: Die die o. HG. betreffenden Änderungen auf Grund der Denkschrift zum HGB.

### Allgemeine Bemerkungen zum ersten Titel.

Die Ehefrau als offene Handelsgesellschafterin; vgl. JDR. 1 §§ 1367, 1408, 1452.

Literatur: Ullmann, die Ehefrau als o. Handelsgesellschafterin, JW. 02 49ff. — Gildemeister, o. HG. zwischen in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten. Goldschmidts Z. 54 99ff.

1. Ullmann: Ist eine Ehefrau Gesellschafterin einer o. HG., so liegt beim gesetzlichen Güterstande selbständiger Betrieb eines Erwerbsgeschäfts i. S. des § 1367 BGB. vor (50). Die Frau bedarf zum Abschlusse des Gesellschaftsvertrags nicht der Zustimmung ihres Gatten. Als Erbin eines offenen Handelsgesellschafters hat sie nach §§ 138f. BGB. das Recht, die Einräumung der Stellung eines Kommanditisten zu fordern; so bedarf sie zu einer Verzichtserklärung auch dieses Rechtes, nach § 1398 BGB. der Zustimmung des Ehemanns. Dagegen ist seine Mitwirkung nicht erforderlich, wenn sie das Recht durch Verstreichenlassen der Frist aus § 139 [3] HGB. verwirkt (51).

Konsentiert der Mann dem Abschluß eines Gesellschaftsvertrags, so genehmigt er damit den Ausschluß seiner Verwaltungsbefugnis, soweit dieselbe mit dem Wesen des Gesellschaftsverhältnisses in Widerspruch steht (52). Zu den Geschäften, zu denen die Frau nach § 1405 seiner Zustimmung nicht bedarf, gehört auch Abänderung und Aufhebung des Gesellschaftsvertrags, sowie Veräußerung des gesamten Gesellschaftsvermögens, dagegen nicht die Umwandlung in eine G. m. b. H. oder Aktiengesellschaft (54). Diese zerfällt in die Veräußerung des

*) Offene Handelsgesellschaft = o. HG.

Gesellschaftsvermögens und ein neues obligatorisches Rechtsgeschäft, durch das die neue Gesellschaft geschlossen wird. Letzteres bedarf der Zustimmung des Mannes, wenn es dem e. G. gegenüber wirksam sein soll. Daß bei unkonsentiertem Gesellschaftsvertrage der Mann die Gesellschaftsrechte der Frau kraft seines eheherrlichen Verwaltungsrechts ausübe, ist durch die persönliche Natur jener Rechte ausgeschlossen (51). S. auch die Bemerkungen zu §§ 126, 133.

Ähnlich liegen die Verhältnisse, wenn die Ehegatten in Errungenschaftsgemeinschaft leben (54f.).

Leben sie in Gütergemeinschaft, so gehört das Recht der Ehefrau als Gesellschafterin einer o. HG., einerlei, ob es bei Eintritt der allg. Gütergemeinschaft bestand, oder später entstand, zum Sondergute der Frau, da es durch Rechtsgeschäft nicht übertragen werden kann.

2. Gildemeister: a) Der gemeinschaftliche Handelsbetrieb zweier in Gütergemeinschaft lebender Ehegatten ist eine o. HG. (106). Besonderheiten ergeben sich daraus, daß zwischen den Gatten eine Doppelgemeinschaft, eine familien- und eine handelsrechtliche, begründet wird, jede mit ihren besonderen persönlichen und vermögensrechtlichen Beziehungen (107).

b) Die Entstehung der o. HG. beurteilt sich nach allg. Grundsätzen, bietet aber Schwierigkeiten in dem Regelfalle, daß die Ehegatten eine o. HG. nicht besonders vereinbaren (unerläßliche Voraussetzung ist: Gemeinschaftliche Firma, hinzukommen muß: Eintragung oder Betrieb eines Vollhandelsgewerbes).

c) Gesellschaftsvermögen ist im Zweifel das Gesamtgut, und zwar sein Bestand bei der Illation, und seine etwaigen späteren Erweiterungen (111 ff.), einschließlich der zu ihm nach § 100 BGB. als Nutzungen gehörenden Einkünfte aus den Sondergütern. Zur Einbringung genügt, da die materiellen Rechte keine Veränderung erleiden, eine Willenserklärung der Ehegatten, die u. U. bereits in dem Gesellschaftsvertrage zu finden sein wird. Soweit Formalgeschäfte erforderlich sind, müssen sie vorgenommen werden, so die Auflassung. Diese ist, obwohl die Rechtsträger nicht wechseln, erforderlich, weil das Gesetz, abgesehen von den kraft Gesetzes oder durch Richterspruch eintretenden Rechtsänderungen für Verfügungen über im Grundbuch eingetragene Rechte den Eintrag in das Grundbuch fordert (115 f.) (vgl. JDR. 1 § 925 Note 3). Da der Gewinn Gesamtgut wird, wird jede Gewinnberechnung zwecklos, die §§ 120 ff. HGB. sind daher nicht anwendbar (117), ebensowenig § 111, weil zur Einbringung beide Ehegatten mitwirken müssen (118). Ist das Gesamtgut das Gesellschaftsvermögen, so finden die Bestimmungen des HGB. über die vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen Gesellschaften und Gesellschaftern im großen und ganzen keine Anwendung. Das eheliche Güterrecht wird die vermögensrechtliche Grundlage auch der o. HG. (119).

Beteiligt sich ein Gatte mit seinem Vorbehaltsgut an der o. HG., so bildet sich das Gesellschaftsvermögen aus diesem und dem Gesamtgute (120). Der aus dem Vorbehaltsgute herrührende Teil des Gesellschaftsvermögens (?) und der darauf entfallende Gewinn wird Vorbehaltsgut (120).

Begründen die Gatten mit ihren beiderseitigen Vorbehaltsgütern eine o. HG., so ergeben sich keine Besonderheiten aus ihren güterrechtlichen Beziehungen (120 f.).

d) Die Gatten als o. HG. werden in der Gestaltung ihrer persönlichen Beziehungen dadurch, daß sie Ehegatten sind, nicht beschränkt (127).

e) Geht der Mann mit seiner Frau eine o. HG. ein, so erteilt er ihr damit seine Zustimmung zu dem Betriebe, der selbständiges Erwerbsgeschäft im Sinne der §§ 1452, 1405 ist. Güterrechtlich kann er diese Einwilligung jederzeit widerrufen, es sei denn, daß dies Recht in den Formen des Ehevertrags beschränkt wäre (§§ 1434, 125), 129 f. Trotz des Widerspruchs bleibt aber die Frau

befähigt, Rechtsgeschäfte mit Wirksamkeit für das Gesellschaftsvermögen einzugehen, da der Ehemann den Gesellschaftsvertrag nicht einseitig aufheben, sondern nur nach §§ 127, 132 vorgehen kann (130 f.). Soweit die Frau aber das Gesellschaftsvermögen verpflichten kann, verpflichtet sie auch ihren Ehemann in seiner Eigenschaft als Gesellschafter. Für die von ihr eingegangenen Verbindlichkeiten haftet dieser, trotz des Widerrufs, alles Gesamtgut und die Vorbehaltsgüter. Darüber, wie Verfügungshandlungen, welche die Frau nach erklärtem Widerrufe vornimmt, zu behandeln sind, vgl. 133 ff.

Die Liquidation erfolgt nach Handelsrecht, doch sind für die Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern die aus dem Güterstande sich ergebenden güterrechtlichen Beziehungen maßgebend (insoweit gilt eine andere Art Auseinandersetzung als vereinbart) (143).

3. OLG. **4** 341 (Dresden), SeuffA. **57** 146, Bauers Z. **9** 210, R. **02** 375: Wird im Geschäftsbetrieb einer o. HG. die Aufnahme eines Darlehns erforderlich, so ist es Folge des Geschäftsbetriebs, wenn ein Gesellschafter behufs Erlangung des Darlehns das zu seinem Privatvermögen gehörige Grundstück verpfändet, gleichviel ob er vertretungsberechtigt ist, oder nicht. Also kann die Ehefrau, die offene Handelsgesellschafterin ist, die Belastung eines ihr gehörigen Grundstücks für ein solches Darlehn ohne Zustimmung ihres Mannes bewilligen (§ 1405). Sie kann es, auch wenn sie von der Vertretung der o. HG. ausgeschlossen ist, denn Selbständigkeit i. S. des § 1405 setzt nicht Selbsttätigkeit voraus.

4. Vgl. auch § 120 Anm. 3, § 132 Anm. 2, § 139 Anm. 2, § 144 Anm. 4.

## Erster Titel.

## Errichtung der Gesellschaft.

Literatur: Schimm, Kann eine o. HG. selbst Gesellschafterin einer anderen o. HG. sein? JurBl. **31** 85.

**§ 105.** 1. Rechtscharakter.

a) Die o. HG. ist nicht juristische Person, sondern Gesellschaft zur gesamten Hand. Gierke a. a. O. 114 (der die auf verstärkter Betonung des Gesamthandprinzips beruhenden Unterschiede zwischen der o. HG. und der Gesellschaft des BGB. entwickelt); Burchardt, Feststellung im Konkurse der o. HG. 26 (unter ausgiebigster Benutzung von Literatur und Praxis); Lastig, Auflösung kaufmännischer Gesellschaften 208; Hellwig, Anspruch 267.

b) **RG.** JW. **01** 576, R. **01** 496 (vgl. **RG.** **32** 256, **45** 221): Da die o. HG. keine juristische Person ist (ähnlich **RG.** JW. **00** 624), sind die Gesellschafter Eigentümer der für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände, indes mit der Beschränkung, daß nur die Organe der Gesellschaft darüber im ganzen oder über reale oder ideale Teile disponieren können. Daraus folgt, daß die Verfügungen über dieses Gesellschaftseigentum, welche von den Organen der Gesellschaft mit einem der Gesellschafter vorgenommen werden, der letztere als dritter der Gesellschaft gegenübersteht. —

c) BayrObLG., Bauers Z. **8** 257 f., SeuffA. **56** 318: Die o. HG. kann als eine juristische Person oder als ein von der Person der Gesellschafter verschiedenes einheitliches Rechtssubjekt nicht anerkannt werden; sondern es haben die Gesellschafter als zur gesamten Hand berechtigte Inhaber des Gesellschaftsvermögens zu gelten. Immerhin bildet dieses eine von dem übrigen Vermögen der Gesellschafter zu unterscheidende, dinglich für die Gesellschaftszwecke gebundene Vermögensmasse, von welcher das RG. in einem Urteile vom 28. 4. 1886 sagt, daß sie wie eine bestimmte Person behandelt werden darf.

Ähnlich **RG.** JW. **01** 654 und **RG.** **54** 278, JW. **03** 84, R. **03** 312; CBlFrG. **4** 118, Bauers Z. **10** 279 pass.; OLG. Braunschweig, DJZ. **01** 312, SeuffA. **56** 231.

d) Für juristische Persönlichkeit der o. HG. Kohler pass. JurLBl. **14** 84. —

2. Errichtung und Entstehung:

a) **RG.** DJZ. **02** 167, Holdheims MSchr. **11** 137, Bauers Z. **9** 210: Eine o. HG. kann nicht lediglich zu dem Zwecke begründet werden, das Vermögen einer anderen Gesellschaft konkursmäßig unter deren Gläubiger zu verteilen oder sonst zu liquidieren.

b) Animus societatis coeundi.

α. Gierke a. a. O. 135 ff. bemerkt gegen die Ansicht Staubs, daß ein nicht rechtsfähiger Verein, der unter seinem Namen ein Handelsgewerbe betreibe, ohne weiteres als o. HG. zu gelten habe, daß es an dem Willen bei den Beteiligten fehle, eine Gesellschaft zu bilden.

β. KGJ. **22** A 280, KGBl. **12** 109, OLG. **3** 408, Golschmidts Z. **53** 188 (KG.): Eine o. HG. kann nicht ohne Vertrag durch einen tatsächlichen Zustand begründet werden. Soll ein zum Nachlaß eines Einzelkaufmanns gehöriges Handelsgeschäft durch dessen Witwe und minderjährige Kinder in der Form einer o. HG. fortgeführt werden, so muß ein Gesellschaftsvertrag geschlossen werden, bei dessen Abschluß die Minderjährigen durch gehörig legitimierte Personen vertreten sein müssen.

Ähnlich OLG. **6** 352 (Posen), Bauers Z. **10** 211, welches zusätzlich bemerkt: Ist die Vereinigung trotz fehlenden Gesellschaftsvertrags im Handelsregister als o. HG. eingetragen worden, und verbleiben die zur Zeit der Eintragung minderjähriger Kinder nach ihrer Großjährigkeit in der Gemeinschaft, so ist darin der stillschweigende Abschluß eines Gesellschaftsvertrags und stillschweigende Ratibierung der Eintragung im Handelsregister zu sehen.

δ. **RG.** JW. **03** 42, R. **03** 236: Als Bestätigung kann die bloße tatsächliche Fortführung des auf nichtigem Gesellschaftsvertrage beruhenden Betriebs keinesfalls dienen, da sie den Bestätigungswillen der Beteiligten nicht erkennen läßt.

ε. OLG. **6** 30 (Hamburg): Das tatsächliche Zusammenwirken zweier Kaufleute bei einem Geschäfte gestattet nicht ohne weiteres die Schlußfolgerung, daß ein vertraglicher Konnex zwischen ihnen besteht; dies kann nur angenommen werden, wenn bestimmte Gründe dafür vorliegen, daß sie weiter dazu geschritten sind, sich auch obligatorisch untereinander zu verbinden. Es ist sehr wohl möglich, daß sie sich zunächst tatsächlich verbunden haben, um ein unbestimmtes Projekt schärfer auszugestalten und sich erst für die spätere Ausführung rechtlich miteinander zu vereinigen.

c) **RG.** JW. **02** 96: Wenn ein gesellschaftliches Verhältnis den Tatbestand der o. HG. erfüllt, so ist sie als solche rechtlich zu behandeln, auch wenn die Gesellschafter sie wissentlich als ein anderes Gebilde, etwa als eine Gelegenheitsgesellschaft, bezeichnet haben.

d) **RG.** JW. **01** 406, R. **01** 496: Bei einer Vereinbarung, daß ein Betrieb unter gemeinschaftlicher Firma nicht stattfinden und das Gesellschaftsverhältnis nach außen nicht hervortreten soll, ist die Annahme einer o. HG. ausgeschlossen.

e) Einwirkung auf alte Gesellschaften.

α. Lehmann, Goldschmidts Z. **48** 88, 26: Gesellschaften, die nach altem Rechte dem bürgerlichen Rechte angehörten, durch die neue Gesetzgebung eine o. HG. geworden sind, müssen trotz Art. 170 EG. z. BGB. in allen Punkten als o. HG. neuen Rechtes behandelt werden. Ebenso Lehmann-Ring Anm. 12, **RG.** **50** 158 (s. β.). — Staub Anm. 32 will nur die zwingenden Vorschriften des neuen

Rechtes, sowie diejenigen, welche die Rechtsbeziehungen der Gesellschaft nach außen regeln, anwenden, für die Beziehungen nach innen, unter Berufung auf Art. 170, aber das alte Recht maßgebend bleiben lassen.

β. **RG. 50** 158, DJZ. **02** 201, JW. **02** 172: Eine nach früherem Rechte zu Unrecht eingetragene o. HG. wird, wenn ihr Geschäftsbetrieb unter § 2 HGB. fällt und die Eintragung über den 1. Januar 1900 bestehen bleibt, als o. HG. behandelt (§§ 2, 5 HGB.) und zwar nicht nur hinsichtlich der Verhältnisse der o. HG. zu Dritten, sondern auch für die Beziehungen der Gesellschafter untereinander; ebenso Lehmann a. a. O., Staub Anm. 32.

3. Mitgliedschaft. a) o. HG. als Mitglied einer anderen o. HG.

α. Schimm a. a. O. 85: Eine o. HG. kann nicht Mitglied einer anderen o. HG. sein, weil 1. als Gesellschafter nur Personen vom Gesetze zugelassen werden, die o. HG. aber Persönlichkeit nicht hat, weil 2. das Prinzip des Eigenbetriebs ihr wesentlich ist, und nur Firmenschulden Gesellschaftsschulden sind, weil 3. unklare juristische Verhältnisse entstehen würden und 4. die Registervorschriften entgegenstehen.

β. Verneinend auch Dernburg, BürgR. II 559 Anm. 6; Staub Anm. 19, Goldmann Anm. 22, Lehmann-Ring Nr. 4, unter Hinweis darauf, daß die o. HG. nicht befugt ist, unter einer anderen Firma als ihrer eigenen Geschäfte zu machen.

γ. von Hövel a. a. O. 13 ist für Zulässigkeit. Gegen sie kann man nicht einwenden, daß die o. HG. dann unter einer anderen Firma als der ihrigen Geschäfte treiben würde. Denn es werden nicht zwei Firmen für eine Gesellschaft geführt, vielmehr dient die eine Firma der umschlossenen die andere der umschließenden o. HG. als Geschäftsname.

δ. Für die Zulässigkeit auch Makower 182: Die Beteiligung einer o. HG. an einer anderen o. HG. hat nicht zur Folge, daß diese nunmehr zwei Firmen führt. Dieser Erfolg würde übrigens auch nicht unzulässig sein.

b) Aktiengesellschaft als Gesellschafterin einer o. HG.

**RG.** SeuffA. **55** 172: Eine Aktiengesellschaft kann nicht Gesellschafterin einer o. HG. sein; s. auch § 106 Nr. 3, § 210 Nr. 1.

4. Mehrere o. HG. zwischen denselben Personen. OLG. **2** 81 (Hamburg): Dieselben Personen können verschiedene o. HG. miteinander abschließen, wenn sie verschiedene Gewerbe betreiben. Die Wahl verschiedener Firmen läßt auch die Absicht, verschiedene Gesellschaften zu gründen, schließen. Zustimmend Staub 25; a. A. Jaeger, Konkurs der o. HG. 12; s. auch unten § 124 Nr. 3.

5. Einzelfragen. a) **RG.** JW. **02** 250, SeuffA. **57** 299, R. **02** 296, Bauers Z. **9** 277: Das Armenrecht steht nur physischen Personen zu, kann daher einer o. HG. nicht bewilligt werden.

b) OLG. **1** 279 (KG.): Die o. HG. ist Arbeitgeber im Sinne des Krankenversicherungsgesetzes.

6. Wegen der Haftung von Personenvereinigungen, welche, ohne o. HG. zu sein, sich wie solche gerieren, s. unten § 128.

**§ 106.** 1. Hauptniederlassung. Denzler, Stellung der Filiale im internen und internationalen Verkehre 263: Die o. HG. kann begrifflich nur eine Hauptniederlassung haben, und zwar da, wo der Wille des Personenverbandes sich in die Verwirklichung des Zweckes umsetzt.

2. Stellung des Registerrichters. OLG. **4** 450, KGJ. **23** A 90, RJA. **3** 20 und OLG. **4** 454 (KG.): Der Registerrichter ist zur Prüfung der Gültigkeit eines Gesellschaftsvertrags verpflichtet. Voraussetzung der Eintragung ist, daß der Vertrag gesetzmäßig zustande gekommen ist. Sind Minderjährige

als Gesellschafter beteiligt, so ist vor der Eintragung festzustellen, daß diese gehörig vertreten waren und daß, wenn nötig, die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erwirkt ist.

3. Erwerb eines Geschäfts mit Firma. RJA. 3 14, CBlFrG. 2 772, KGJ. 23 A 96, R. 02 176, ThürBl. 49 183, Bauers Z. 9 186 (KG.): Erwirbt eine o. HG. ein unter der bisherigen Firma fortzuführendes Geschäft, so sind die einzelnen Gesellschafter als Inhaber des neu erworbenen Geschäfts einzutragen. Es würde dem Zwecke des Handelsregisters, bei jeder Firma die sie betreffenden Rechtsverhältnisse ohne weiteres erkennbar zu machen, widersprechen, wenn als Inhaber der Firma „Oskar R." die Handelsgesellschaft U. & S. eingetragen würde. Die o. HG. kann als Erwerberin des neuen Geschäfts nur so in das Handelsregister eingetragen werden, wie die Eintragung für o. HG. überhaupt vorgeschrieben ist, also durch Eintragung der Namen ihrer Gesellschafter; vgl. § 105 Nr. 4, § 124 Nr. 1.

**§ 108.** 1. Denzler (s. § 106) 269: Die Zweigniederlassung ist ebenfalls von allen Gesellschaftern zu errichten und anzumelden.

2. Derselbe 276 f.: Während bei den meisten registerrechtlichen Handlungen sämtliche Gesellschafter mitwirken müssen, genügt bei der Anmeldung der Erteilung oder des Widerrufs der Prokura die Tätigkeit eines vertretungsberechtigten Gesellschafters.

## Zweiter Titel.
## Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander.

Literatur: Bauers Z. 8 161: Die Selbsthilfe des in seinen Rechten gekürzten Teilhabers. Vgl. auch Basedow, HansGerZ. 02 Hauptblatt 2: Grundbucheintragungen „auf Testamentsnamen", Abschnitt IV und V. — Just, Welche Rechte und Pflichten haben die Handelsgesellschafter? (1901).

**§ 109.** 1. Vgl. JDR. 1, 2 zu §§ 705—708, 717, 718, 720 BGB.

2. Bauers Z. 8 279 (s. u. § 111): Erfindungen eines Teilhabers werden nicht ohne weiteres Eigentum der Gesellschaft. In dem Eigentumsübergange würde eine Erhöhung des Anteils des betreffenden Teilhabers liegen, die mit § 707 BGB. nicht in Einklang steht.

3. Über die Stellung der Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen vgl. RG. JW. 01 576, R. 01 496 oben § 105 Nr. 1b.

4. Konkurrenzverbot. Bauers Z. 10 65 führt eine Entscheidung des RG. (IV) vom 15. Mai 1902 an, welche ein vertragsmäßiges Konkurrenzverbot für gültig erklärt, an das der ausscheidende Teilhaber gebunden sein soll, einerlei, ob er mit oder ohne Grund ausscheidet, und vertritt die Ansicht, daß eine solche Vereinbarung dann der Wirksamkeit entbehrt, wenn der verbleibende Teil den anderen arglistig oder schuldhaft zum Austritte nötigt.

5. BayrObLG., DJZ. 02 179, CBlFrG. 2 737, R. 02 103, Bauers Z. 9 210: Bei dem Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses zwischen einem Minderjährigen und einem Dritten, dem nach dem Gesellschaftsvertrage die Führung der Geschäfte zusteht, ist der geschäftsführende Gesellschafter bei der Aufnahme von Geld auf den Kredit der Gesellschaft nicht an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden. Vgl. unten § 158 Nr. 3.

**§ 111.** Bauers Z. 8 279: Zinsen für unbefugte Geldentnahme aus der Geschäftskasse.

**§ 114.** 1. S. JDR. 1, 2 § 713 BGB. — Der JDR. 1 Note 2 zitierte Aufsatz von Marcus steht auch in Bauers Z. 8 207. Die daselbst mitgeteilte Entscheidung des RG. JW. 01 403 findet sich auch in Bauers Z. 8 258, R. 01 496.

2. Denzler, Filiale: Die Beschlußfassung über die Errichtung einer Filiale ist kein Geschäftsführungsakt i. S. der §§ 114—117 HGB.; sie hat auch nichts mit der Vertretung zu tun, selbst wenn sich die Ausführung des Beschlusses in Handlungen gliedert, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt. Sie ist eine interne organisatorische Maßregel, der die Natur eines Geschäfts, d. h. einer rechtlichen Beziehung zu Dritten, abgeht (268). Sie erfordert, von Sonderabreden abgesehen, einhelliges Zusammenwirken sämtlicher Gesellschafter oder ihrer gesetzlichen Vertreter (269). Das gleiche gilt für Verlegung und Aufhebung der Filiale. Ihre Veräußerung ist zwar Geschäftsführungshandlung, geht aber über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinaus (272).

Durch Vorstehendes werden die Vorschriften über die Vertretungsmacht nicht berührt (272). Eine positive Grenze findet diese in den Registerrechtsvorschriften, die fast ausnahmslos ein Zusammenwirken der Gesellschafter erfordern (272). —

3. Abs. 2. OLG. **3** 276 (Bamberg): Ein außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs gelegenes Unternehmen bedarf auch dann der Zustimmung aller Gesellschafter, wenn es den Interessen der Gesellschaft förderlich, oder gar notwendig ist.

4. Vergleiche auch BayrObLG. zu § 109 Nr. 5 (Einfluß der Minderjährigkeit eines Gesellschafters), KG. zu § 124 Nr. 1.

**§ 117.** 1. Das Urteil ist konstitutiv. Hellwig, Anspruch 461 zu Note 9.

2. Vertragsmäßige Regelung der Geschäftsführung.

a) Staub Anm. 4: Ist durch den Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung abweichend von § 114 Abs. 1 geordnet, so fällt diese abweichende Ordnung weg, wenn einem der geschäftsführenden Gesellschafter die Geschäftsführungsbefugnis entzogen wird. § 114[1] ist dann maßgebend.

b) Goldmann (Nr. 8 und Bauers Z. **10** 116) will unterscheiden, ob die Übertragung der Geschäftsführung an mehrere Gesellschafter die Bedeutung hat, daß die Geschäftsführung des einen Gesellschafters abhängig ist von der Befugnis des anderen oder ob ihr solche Bedeutung nicht zukommt; im ersten Falle treten mit dem Wegfalle der Befugnis des einen Gesellschafters die Vorschriften des § 114 in Kraft, im zweiten bleiben die Vertragsabreden in Wirksamkeit.

c) Lehmann-Ring Nr. 5 unterscheidet, ob nur ein Gesellschafter oder mehrere durch den Gesellschaftsvertrag mit der Geschäftsführung betraut waren. Im ersten Falle tritt bei Entziehung der Befugnis § 114 in Wirksamkeit, im zweiten bleibt es bei dem Vertrage.

**§ 118.** RG. JW. **02** 397, Bauers Z. **9** 276, Holdheims MSchr. **11** 202: Das Recht auf Einsicht der Bilanz einer o. HG. kann an einen Dritten nicht abgetreten werden.

Literatur: Bauers Z. **9** 17: Die Maßgeblichkeit früherer Minderbewertungen, Abschreibungen und Reservestellungen für spätere Bilanzen.

**§ 120.** 1. Ist § 40 für die Bilanzaufstellung der o. HG. maßgebend? (Vgl. auch zu § 40).

a) Staub, Anm. 2, Exkurs zu § 141 Anm. 5: Auch durch eine Bilanz, welche Abschreibungen unter dem wahren Werte vornimmt, wird der öffentlichrechtlichen Pflicht zur Bilanzaufstellung genügt, die Bilanzvorschriften haben nur insofern zwingenden Charakter, als sie eine Bewertung über dem wahren Werte verbieten.

b) Makower 217: Die o. HG.er können die Bilanz, die für ihre Beziehungen untereinander maßgebend sein soll, nach anderen als den gesetzlichen Bewertungsregeln aufstellen, müssen aber dann, um ihrer öffentlich-rechtlichen

6*

Pflicht zur Bilanzerrichtung zu genügen, noch eine weitere, nach den gesetzlichen Regeln, aufmachen.

c) Bauers Z. a. a. O.: Der Gewinn und Verlust eines Geschäftsjahrs darf bei der o. HG nach anderen als den im § 40 aufgestellten Grundsätzen ermittelt werden.

2. Buchung des Gehalts.

Bauers Z. 8 236: „Das von einem offenen Teilhaber bezogene Gehalt kann seinem Konto nicht einseitig belastet werden", es fällt unter die Verwaltungsunkosten nnd läßt den Geschäftsanteil unberührt.

3. Ist der Gewinn Vorbehaltsgut oder eingebrachtes Gut und ähnliches?

a) Gildemeister, Goldschmidts Z. 54 122: Gewinn ist der in der Bilanzperiode von dem am Anfange dieser Periode vorhandenen Kapital gewonnene Ertrag, Erwerb dagegen der Ertrag eines Kapitals von seiner Anlage an. Daher wird der Gewinn, den eine o. HG. unter Ehegatten erzielt, solange das ursprüngliche Gesellschaftsvermögen durch frühere Verluste vermindert ist, nicht nach §§ 1367, 1440 Vorbehaltsgut des Ehegatten (für § 1440 kann die Frage nur dann praktisch werden, wenn das Gesellschaftsvermögen nicht mit dem Gesamtgut identisch ist).

b) Ullmann, JW. 02 53: Erwerb i. S. des § 1367 ist jeder Vermögenswert, welchen der Gesellschafter aus seiner Beteiligung an der o. HG. infolge Ausscheidens dieses Wertes aus dem Gesellschaftsvermögen macht, — also auch die Entnahme nach §§ 120 ff. — vgl. auch vor § 105.

**§ 121.** Rückwirkung.

1. Staub Anm. 6: Für die alten Gesellschaften gelten die alten, für die neuen die neuen Gewinnberechnungsvorschriften.

2. Ebenso Lehmann-Ring Nr. 4, der ferner, in Ermangelung abweichender Abreden, auch die Gesellschaften nach § 121 beurteilen will, welche zwar vor dem 1. 1. 1900 als Gesellschaften des bürgerlichen Rechtes bestanden, aber erst mit jenem Zeitpunkt o. HG. geworden sind.

3. Lithauer Anm. a hält bei den o. HG., welche nach der Verkündung, aber vor dem Inkrafttreten des neuen HGB. gegründet sind, eine Prüfung im Einzelfalle für notwendig, ob sich die Gesellschafter den alten oder den neuen Gewinnberechnungsvorschriften unterwerfen wollten.

**§ 122.** 1. Kann auch im ersten Geschäftsjahre bis zu 4% entnommen werden?

a) Staub Anm. 4, Lehmann-Ring Anm. 1, Goldmann Nr. 3: Für das erste Geschäftsjahr besteht die Befugnis zur Entnahme bis zu 4% nicht, da zu dieser Zeit von einem „für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalanteil" nicht gesprochen werden kann.

b) Makower 221 ist anderer Ansicht; er will an Stelle des am Schlusse des Geschäftsjahrs festgestellten Kapitalanteils die aus der Eröffnungsbilanz ersichtliche Einlage maßgebend sein lassen.

2. Beweislast bei Entnahme von mehr als 4%.

a) Staub Anm. 12: Will der Gesellschafter mehr als 4% erheben, so muß er beweisen, daß die Entnahme der Gesellschaft nicht zu offenbarem Schaden gereicht.

b) A. A. Lehmann-Ring Anm. 2, Makower 221 unter Berufung auf die Fassung (Wortfolge) des Gesetzes.

3. Staub Anm. 26, Exkurs zu § 122: Der Anspruch auf die Entnahme der 4% ist zedierbar. A. A. Cosack (6) 513.

## Dritter Titel.
## Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten.

**§ 123.** 1. Hellwig, Rechtskraft 431: Abs. 3 gilt auch für die Prozeßführung.

2. R. 02 592 (KG.): Durch unbefugte, ohne den Willen der anderen Gesellschafter vorgenommene Handlungen eines Gesellschafters wird die Wirksamkeit einer nicht eingetragenen Handelsgesellschaft nach außen hin nicht begründet.

**§ 124.** 1. Die rechtliche Selbständigkeit der o. HG.; s. auch § 105 Nr. 1 und JDR. 1, 2 §§ 705, 714 BGB.

a) RG. 54 278, JW. 03 84, Puchelts Z. 34 454: Die Gesellschaft als solche hat die Fähigkeit, Eigentum im wirklichen Sinne zu haben, daher nicht notwendig, ein Miteigentum der einzelnen Gesellschafter anzunehmen. Dies gilt auch für die in der Liquidation noch fortdauernde Gesellschaft.

Eine Vereinbarung der minderjährigen Erben eines verstorbenen Sozius mit dem überlebenden Sozius über die Liquidation bedarf daher, auch wenn die Gesellschaft Grundstücke besitzt, nicht der Genehmigung des Vormundschaftsrichters. Denn es liegt kein Miteigentum der einzelnen Gesellschafter vor.

b) Basedow, HansGerZ. 02 18 Hauptblatt Beil. 2: Die Praxis hat aus der Bestimmung des § 124, daß die o. HG. unter ihrer Firma Rechte an unbeweglichen Sachen erwerben könne, stets gefolgert, daß es genügt, wenn sie im Grundbuche mit ihrer Firma eingetragen wird.

c) KGJ. 23 A 122 (KG.), OLG. 4 466, Bauers Z. 9 161, DNotVZ. 02 202, CBlFrG. 2 742 (übereinstimmend Hellwig, Anspruch 267, Staub Anm. 2): Einer o. HG. kann Vollmacht erteilt werden. Es genügt wenn sie einem Gesellschafter erteilt wird, vorausgesetzt, daß er nicht nach § 125 Abs. 2 in der Vertretungsmacht beschränkt ist. § 116 Abs. 2 gilt nur für die Beziehungen der Gesellschafter untereinander.

d) RG. 50 159: Haben zwei offene Handelsgesellschafter vereinbart, daß ein Grundstück dem Eigentum noch in die o. HG. fallen soll, so ist der Umstand, daß das Grundbuch noch nicht demgemäß abgeändert ist, für ihr Verhältnis untereinander ohne Bedeutung. Daher können in solchem Falle zwecks Liquidation nur beide zusammen den Verkaufsantrag nach §§ 145, 150 HGB. stellen.

2. Haftung für unerlaubte Handlungen.

a) Brückner, R. 01 341: Die o. HG. haftet, entsprechend der Praxis des RG. nach früherem Rechte, vgl. RG. 20 190, 32 32 u. a., für die in ihrem Geschäftsbetriebe begangenen unerlaubten Handlungen der von der Vertretung nicht ausgeschlossenen Gesellschafter. Ebenso Dernburg, Bürg. R. II 500 Anm. 10; Cosack 541; Hellwig, Anspruch 274 und die herrschende Meinung. Denn diese letzteren sind als gesetzliche Vertreter und Organe der Gesellschaft anerkannt. S. Staub § 126 Anm. 2.

b) RG. 46 18, R. 01 362, JW. 00 350, Holdheims MSchr. 9 155, HansGerZ. 00 Hauptbl. 193, SeuffA. 56 54: Verpfändet ein Gesellschafter für ein Darlehen, welches er innerhalb des ihm zugewiesenen Geschäftskreises für seine o. HG. aufgenommen hat, namens der o. HG. Wertpapiere, die er unterschlägt, so haftet die Gesellschaft dem Eigentümer der Papiere für allen, insbes. den durch Veräußerung der Papiere seitens des Pfandgläubigers entstehenden Schaden sowohl aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung, wie aus dem der ungerechtfertigten Bereicherung, mögen ihr auch die Valuta durch den Gesellschafter nicht zugeführt sein.

3. Mehrere Gesellschaften unter denselben Personen und ähnliches.

a) S. oben § 105 Nr. 4 und unten Nr. 6.

b) OLG. Hamburg, HansGerZ. **01** Hauptbl. 192: Zwei o. HG.en können auch dann, wenn einer ihrer Gesellschafter identisch ist, Verträge miteinander schließen und Prozesse führen. Dahingestellt bleibt, ob der beiden Gesellschaften angehörende Gesellschafter Verträge zwischen den beiden Gesellschaften schließen kann. Schwierigkeiten können entstehen, wenn es auf einen Eid über Handlungen dieses Gesellschafters ankommt.

c) OLG. 5 50 (Cöln), Bauers Z. **10** 15: Akzeptiert ein o. HG.er für seine Gesellschaft einen Wechsel, den er als geschäftsführender Gesellschafter einer anderen o. HG. ausgestellt hat, so liegt ein wegen § 181 BGB. nichtiges Geschäft vor.

d) **RG. 47** 156, SeuffA. **56** 238, Holdheims MSchr. **10** 84, Bauers Z. **8** 209: Ein von einer o. HG. an Order einer anderen o. HG., die unter anderer Firma aus denselben Personen besteht, ausgestellter eigener Wechsel genügt dem formalen Wechselrechte. Ob materielle Ansprüche unter den Nächstbeteiligten entstehen, kann dahingestellt bleiben; im Verhältnisse zu Dritten genügt, daß jede o. HG. durch ein Sondergut individualisiert wird. Vgl. auch OLG. Hamburg unten 6 a $\gamma$.

4. Wie muß die Firma gezeichnet werden? (Vgl. auch zu § 17, insbes. Nr. 8).

a) OLG. 2 279, KGJ. **21** A 103, Bauers Z. 8 163 (KG.): Auch für den Grundbuchverkehr genügt es, wenn die Gesellschaftsfirma gezeichnet und als von dem vertretungsberechtigten Gesellschafter herrührend beglaubigt wird. Der Gesellschafter braucht nicht seinen eigenen Namen zu zeichnen.

b) Ebenso OLG. **2** 232, Goldschmidts Z. **51** 231 (KG.); vgl. auch oben Nr. 1b.

c) OLG. Marienwerder, SeuffA. **57** 416, Bauers Z. **9** 258, **10** 66, PosMschr. **02** 96: Außer bei Formalobligationen (Wechsel) kann der vertretungsberechtigte Gesellschafter einer o. HG. zeichnen: A. in Firma B.; denn es kommt nur darauf an, daß der Gesellschafter tatsächlich und erkennbar für die Gesellschaft kontrahiert hat.

d) **RG.** Holdheims MSchr. **12** 47, Bauers Z. **10** 161: Das Akzept einer o. HG. erfordert nicht unbedingt die Zeichnung der Firma in allen wesentlichen Teilen, es ist vielmehr nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen, ob in einer nicht vollständigen Zeichnung der Firma, namentlich in einer solchen, in welchen der sachliche Teil der Firma weggelassen ist, noch eine gültige Zeichnung erblickt werden kann.

5. Darüber, inwieweit bei Auflösung einer o. HG. Auflassung der Gesellschaftsgrundstücke notwendig ist, vgl. zu §§ 131, 142, 158.

6. Die o. HG. im Prozesse. Vgl. JDR. **1**, **2** zu §§ 705 ff., 718 BGB., JDR. **1** zu § 50 ZPO.

a) Die Parteifähigkeit der o. HG. $\alpha$. Hellwig, Anspruch: Die o. HG. hat nicht nur formelle, sondern auch materielle Parteifähigkeit; (a. M. in konstanter Rechtsprechung das RG.; vgl. JW. **00** 18: Klagt die o. HG., so erlangen die einzelnen Mitglieder Parteiqualität und behalten sie, mögen sie ihre Anteile an einen Mitgesellschafter oder an einen Dritten abtreten, mag auch die Vertretung des Gesellschaftsvermögens sich ändern). Sie selbst ist in ihren Prozessen Partei. Dies folgt aus §§ 124 ff., § 17 ZPO., § 209 KO. und den Bestimmungen über die Vertretung der Gesellschaft (260 ff.). Die Klage gegen die Gesellschaft kann mit der gegen die Gesellschafter verbunden werden (276). Die Genannten sind dann Streitgenossen. Das Urteil kann gegenüber der Gesellschaft anders lauten, wie gegenüber den Gesellschaftern, und auch diese ver-

schieden treffen. (Nach Neukamp, Handkommentar zur ZPO. Anm. 3 zu § 50 geht dieser Satz zu weit, da ein Gesellschafter eine im Prozesse rechtskräftig festgestellte Gesellschaftsschuld gegen sich gelten lassen müsse.) Jeder Gesellschafter kann die Gesellschaft verklagen und in ihrem Konkurse liquidieren (277). Er kann Nebenintervenient sein, Hauptintervention und Widerspruchsklage (§ 771 ZPO.) erheben. Ihm steht die Einrede der Rechtshängigkeit aus dem Gesellschaftsprozesse nicht entgegen, ebensowenig wie umgekehrt. Unzulässig ist daher, daß der Kläger den Klagantrag in dem Gesellschaftsprozeß auch gegen die Gesellschafter richtet.

Die Vertretungsberechtigten können durante lite beliebig wechseln. Eine Unterbrechung tritt nur ein, wenn alle Vertretungsberechtigten wegfallen und ähnliches. Der Ein- und Austritt eines Gesellschafters ist ohne Einfluß auf den Prozeß.

β. Denzler, Filiale 281: Die Gesellschaft besitzt auch in Ansehung ihrer Zweigniederlassungen Prozeßfähigkeit, sofern die Prozeßgesetze einen Gerichtsstand der Niederlassung anerkennen. Ein gegen die Gesellschaft gerichtetes vollstreckbares Urteil aus einer Forderung gegen eine Filiale dürfte zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen genügen.

γ. OLG. **3** 81 f. (Hamburg), Bauers Z. **9** 16: Haben zwei o. HG. zum Teil die gleichen Personen als Gesellschafter und Liquidatoren, so können sie miteinander prozessieren, soweit die Prozeßvertreter auf beiden Seiten nicht identisch sind.

b) Verhältnis der Prozesse der Gesellschaft zu denen der Gesellschafter.

α. Staub Anm. 2 zu § 129: Die Klage gegen die Gesellschaft kann auf die einzelnen Gesellschafter ausgedehnt werden.

β. A. A. Hellwig, Anspruch 278: In dieser Ausdehnung liegt eine, immer nur mit Zustimmung des Gegners zulässige Klagänderung, die von Amts wegen zurückzuweisen ist, in allen den Fällen, wo der neue Klagantrag gegenüber einem zwar zur Vertretung der Gesellschaft, aber nicht zum Vertreter der Gesellschafter legitimierten anderen Sozius erhoben wird; ebenso **RG. 36** 139, **45** 342.

γ. Einrede der Rechtshängigkeit.

αα. **RG. 49** 341, JW. **01** 366, SeuffA. **57** 163, Holdheims MSchr. **10** 211, HansGerZ. **01** Hauptbl. 155, SächsA. **12** 44, in Aufhebung von OLG. **2** 6 (Hamburg), HansGerZ. **00** Hauptbl. 287: Der Gesellschafter kann die Einrede der Rechtshängigkeit erheben, wenn er wegen einer Gesellschaftsschuld belangt wird, wegen deren gleichzeitig ein Prozeß gegen die Gesellschaft schwebt. Zustimmend Goldmann Nr. 7 zu § 129.

ββ. Gegen die Zulassung der Einrede Staub Anm. 5 zu § 129, Makower 252, Hellwig s. oben a, weil es an der Identität der Parteien und des Rechtsverhältnisses fehle; s. auch JDR. **1** Nr. 6 zu § 263 ZPO.

δ. Rechtskraft.

Hellwig, Anspruch 272, Rechtskraft 28: Die rechtskräftige Feststellung der Gesellschaftsschuld ist zwar nicht Feststellung der Schuld des Gesellschafters, macht aber ihm gegenüber die Frage, ob die Gesellschaft schuldet, zu einer unbestreitbaren, wie ihm auch umgekehrt die Verneinung der Gesellschaftsschuld zugute kommt. Der Gläubiger kann von dem einzelnen Gesellschafter alles das verlangen, was er zur Zeit der Urteilsfällung von der Gesellschaft fordern kann, es sei denn, daß der Gesellschafter persönliche Einwendungen hat.

ε. Anerkenntnis.

RG. JW. 03 241: In einem gegen eine o. HG. und die Gesellschafter gerichteten Prozesse hatte ein vertretungsberechtigter Gesellschafter den Klaganspruch anerkannt, ein anderer nur für sich persönlich auftretender Gesellschafter den Anspruch bestritten und um Klagabweisung gebeten. Das RG. meint, daß das Anerkenntnisurteil, abgesehen von seiner aus § 124² folgenden Bedeutung für das Gesellschaftsvermögen, dem anderen Gesellschafter, soweit seine persönliche Haftung in Frage komme, in keiner Weise nachteilig sein solle, auch nicht gemäß § 129¹, daß ihm vielmehr alle Einreden auch bezüglich des Bestandes der Gesellschaftsschuld noch vorbehalten bleiben sollten.

c) Einfluß der Auflösung usw. der Gesellschaft auf anhängige Prozesse.

aa) Im allgemeinen:

α. Hellwig 286 ff. und § 158: Ein anhängiger Gesellschaftsprozeß erleidet durch den Eintritt des Liquidationsstadiums keine Änderung in Beziehung auf die Partei, da die Gesellschaft Partei ist und trotz der Liquidation fortbesteht. Gesetzliche Vertreter sind die Liquidatoren; §§ 124 Abs. 2 und 129 Abs. 4 finden Anwendung. Durch die Änderung in den Vertretungsverhältnissen findet auch im allgemeinen eine Unterbrechung des Prozesses nicht statt, außer wenn die Tatsache, welche die Auflösung herbeiführt, auch bei Fortbestand der Verfassung eine Unterbrechung des Prozesses herbeigeführt hätte (z. B. Tod des bisherigen Vertreters). Eine Unterbrechung tritt aber ein, wenn die Auflösung infolge der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses erfolgte, oder der Konkurs im Liquidationsstadium stattfindet.

Für einen bei der durch Übernahme der Gesellschaft erfolgten Beendigung der Gesellschaft anhängigen Gesellschaftsprozeß gilt nach Hellwig, Anspruch 291 ff., folgendes:

Betrifft der Prozeß ein zum Gesellschaftsvermögen gehöriges Recht oder eine Sache, die durch den Rechtsstreit litigiös wurde, so gilt nach HGB. § 158 mit ZPO § 265 die Gesellschaft als fortbestehend. Der Prozeß wird mit der Gesellschaft fortgesetzt, das gegen sie ergehende Urteil ist gegen die Übernehmer ihres Vermögens nach ZPO. §§ 325, 727 rechtskräftig und vollstreckbar. Vgl. jedoch auch Nr. 3 zu § 157.

Betrifft der Prozeß einen Anspruch, welcher seinen Gegenstand nicht rechtshängig macht, so unterscheidet Hellwig, Anspruch 292:

αα. Wurde das Geschäft von einem Dritten übernommen, so erlischt der Gesellschaftsprozeß, sobald alle Gesellschaftsrechte auf den Übernehmer übergegangen sind, während der Prozeß gegen die Gellschafter ruhig weitergeht. Gegen den Dritten muß ein neuer Prozeß beginnen. Das in dem gegen die Gesellschafter gerichteten Prozeß ergangene Urteil wirkt für und gegen den Dritten.

ββ. Ist der Übernehmer des Geschäfts ein Gesellschafter, so hat dieser den Prozeß als Partei im gewöhnlichen Sinne fortzusetzen.

β. RG. 46 39, JW. 00 413, Holdheims MSchr. 9 287, Bauers Z. 8 139: Da die Gesellschafter in den Prozessen der Gesellschaft Prozeßpartei sind, endet der Prozeß nicht mit dem Aufhören der Gesellschaft (s. Staub Anm. 6), vielmehr bleiben die Gesellschafter Partei, wenn auch nicht mehr als notwendige, so doch als gewöhnliche Streitgenossen. Der Prozeß kann gegen sie alle oder gegen einen von ihnen fortgeführt werden, da jeder Gesellschafter für die ganze Schuld haftet. Freilich bleibt im letzten Falle der Rechtsstreit auch gegen die übrigen noch anhängig, was von Bedeutung für die Kosten sein kann.

γ. RG. JW. 01 225 f., Holdheims MSchr. 11 144: Die Auflösung der Gesellschaft durante lite ist ohne Einfluß auf den Fortgang des Rechtsstreits. Die Gesellschafter treten nach beendeter Liquidation, oder wenn eine solche nach

Lage der Sache nicht erforderlich ist oder nicht eintritt, sogleich als notwendige Streitgenossen an Stelle der Gesellschaft.

δ. **RG.** JW. **01** 653, Holdheims MSchr. **10** 293: Löst sich die o. HG. während des Rechtsstreits auf, so ist damit nicht ohne weiteres der Rechtsstreit erloschen, selbst dann nicht, wenn keine Liquidation der Gesellschaft eintritt. Ebensowenig erfolgt eine Unterbrechung des Verfahrens (§ 239 ZPO.). Vielmehr kann der Rechtsstreit trotz der Auflösung sogar ohne Änderung des die Firma der Gesellschaft enthaltenden Rubrums fortgeführt werden; indessen bedarf der Aufklärung, welche Personen fortan unter der Gesellschaftsfirma zusammengefaßt werden, was, solange eine Gesellschaft besteht oder sich im Stadium der Liquidation befindet, wenigstens regelmäßig nicht notwendig ist (vgl. auch unten d).

ε. **RG.** JW. **03** 388: Wird eine aus zwei Gesellschaftern bestehende o. HG. während eines Rechtsstreits aufgelöst, so ändert sich nichts an ihrer Parteirolle; an Stelle der Gesellschaft treten die Gesellschafter. Der Übergang des Vermögens der Gesellschaft auf einen von ihnen ist bedeutungslos. Der überlassende Gesellschafter kann aus dem Rechtsstreite nur mit Einwilligung des anderen Gesellschafters ausscheiden.

ζ. **RG.** R. **02** 78: Die durch den Gesellschaftsprozeß ursprünglich begründete örtliche Zuständigkeit bleibt bestehen. Der weiter im Streit befangene frühere Gesellschafter kann nicht die Aussonderung der Zuständigkeitsfrage und Entscheidung über sie in besonderem Prozesse verlangen.

bb) Auflösung der o. HG. ohne Liquidation.

α. S. vorstehend **RG.** γ, δ, ε.

β. OLG. **3** 344 (Cöln): Ein gegen die o. HG. ergangenes Urteil kann nach Auflösung der o. HG. ohne Liquidation nicht gegen die einzelnen Gesellschafter geläutert werden.

γ. OLG. **3** 345 (KG.): Da die Gesellschafter im Gesellschaftsprozesse Partei sind, kann die Vollstreckungsklausel für ein gegen die Gesellschaft erlassenes Urteil gegen die Gesellschafter erteilt werden, wenn die Gesellschaft sich vor Zustellung des Urteils ohne Liquidation aufgelöst hat.

δ. **RG.** JW. **02** 270, R. **02** 375: Wie aus § 265² ZPO. folgt, kann nach Auflösung einer o. HG. derjenige Gesellschafter, der die Firma und das Geschäft mit Aktivis und Passivis fortführt, als Inhaber des Geschäfts einen von der o. HG. begonnenen Prozeß allein fortsetzen, wenn der Gegner seine Zustimmung hierzu erteilt; es können die ausgeschiedenen Gesellschafter als Zeugen vernommen werden.

cc) Beendigung der Liquidation:

α. Staub Anm. 13, Hellwig, Rechtskraft 289 f.: Wird während eines Prozesses, in dem die o. HG. verklagt ist, die Liquidation beendet, so fällt damit die Partei fort und der Prozeß ist beendet.

β. Staub Anm. 12, Hellwig a. a. O., Bunsen, Buschs Z. **26** 239: Führt die o. HG. einen Prozeß über ein Stück ihres Gesellschaftsvermögens, so ist die Beendigung der Liquidation ohne Einfluß auf ihn.

d) Benennung der o. HG. im Prozeß, Eidesleistungen, Zeugenvernehmungen u. a. m.

α. Benennung im Prozesse. (Vgl. auch Nr. 5 zu § 17.)

aa) OLG. **1** 150, Bauers Z. **8** 15 (Köln): Die o. HG. braucht in Prozessen nur mit dem Namen ihrer Firma, nicht auch durch Benennung aller o. HG.er bezeichnet zu werden.

bb) OLG. Hamburg, SeuffA. **56** 297, Bauers Z. **8** 237: Die o. HG. muß ihre Gesellschafter im Prozeß angeben, da die gesetzlichen Vertreter sowohl in den vorbereitenden Schriftsätzen, als im Urteil anzuführen sind.

cc) **RG.**, JW. **01** 653, Holdheims MSchr. **10** 293, R. **01** 472 (s. auch oben c): Wenn die Gesellschaftsfirma, solange die Gesellschaft ganz oder in Liquidation noch besteht, die zugehörigen Gesellschafter als solche deckt, und für die Regel im Prozesse kein Bedürfnis besteht, die einzelnen Gesellschafter namhaft zu machen, so kann dies doch dann nicht gelten, wenn die Gesellschaft ohne Liquidation aufgelöst ist und damit jede erkennbare Fortexistenz verloren hat. Hier ist zwar der Gebrauch der Gesellschaftsfirma nicht ganz auszuschließen, aber nur dann zuzulassen, wenn der Personenkreis, auf den sich die noch wirksamen Rechtsfolgen des früheren Gesellschaftsverhältnisses erstrecken, genügend feststeht. Andernfalls verstößt eine gegen die Gesellschaft gerichtete Klage gegen den prozeßrechtlichen Grundsatz, daß die Parteien mit hinreichender Sicherheit erkennbar sein müssen.

Unzulässig ist die Fortführung der Firma z. B., wenn einer der Gesellschafter nach der Auflösung ohne Liquidation verstorben und seine Rechtsnachfolgeschaft ganz unbestimmt ist.

dd) OLG. Dresden, DJZ. **03** 84: Die irrige Bezeichnung einer Kommanditgesellschaft als o. HG. schadet nichts, wenn die Firma richtig angegeben ist.

β. Eidesleistungen.

aa) Dernburg, Bürg. R. II 503, Hellwig, Anspruch 276, Neukamp, ZPO. Anm. 4 zu § 50: Eide in Gesellschaftsprozessen sind nur von den vertretungsberechtigten Gesellschaftern zu leisten. So auch OLG. Braunschweig, SeuffA. **56** 231.

bb) **RG.** Bauers Z. **9** 65: Die Eidesauflage über Handlungen oder Wahrnehmungen der Firma als solcher ist den Gesellschaftern gegenüber unzulässig 2c., da die Firma selbst weder handeln, noch Wahrnehmungen machen kann.

cc) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 100: Nur die vertretungsberechtigten Gesellschafter einer o. HG. sind ihre gesetzlichen Vertreter i. S. der §§ 473, 476 f. ZPO. Vgl. JDR. **1** zu § 445 Nr. 5.

γ. Zeugnisfähigkeit.

**RG. 49** 425, SeuffA. **57** 212, JW. **01** 840, Holdheims MSchr. **11** 74, Bauers Z. **9** 114: Der während des Prozesses ausgetretene Teilhaber einer o. HG. kann als Zeuge vernommen werden; doch kann die Sachlage derart sein, daß er nach § 393 Abs. 1 Nr. 4 nicht zu beeidigen ist. Vgl. auch **RG.** JW. **02** 270, oben c, bb, δ und JDR. **1** zu § 373 ZPO.

δ. Klagenkumulierung, Kosten.

LG. Berlin, KGBl. **13** 95, Bauers Z. **10** 40: Verklagt jemand eine o. HG. und deren Inhaber und stellt die Klage sämtlichen Inhabern zu, so sind die Kosten nicht erstattungsfähig, welche dadurch entstehen, daß er außerdem noch der Gesellschaft zustellt. Ein Urteil gegen diese würde in diesem Falle auch ohne besondere Zustellung an die Gesellschaft erwirkt werden können.

7. Die o. HG. im Konkurse, vgl. zu § 144.

Literatur: Höniger, R. **03** 234: Ist der Ausschluß sämtlicher Gesellschafter der o. HG. von deren Vertretung und ihr Ersatz durch einen gewillkürten Bevollmächtigten zulässig? — Weber, Vertretungsbefugnisse der Prokuristen und der Vertreter von Handelsgesellschaften gegenüber dritten Personen. RheinNotZ. **33** 74. Vgl. JDR. **1, 2** zu §§ 714 ff. BGB.

**§ 125.** 1. Stellung der vertretungsberechtigten Gesellschafter.

a) Hellwig, Anspruch 268, 274 ff.: Die vertretungsberechtigten Gesellschafter stehen den Organen der juristischen Person gleich. Sie sind zwar nicht gesetzliche Vertreter eines Handlungsunfähigen, haben aber die Stellung solcher in bezug auf das Gesellschaftsvermögen.

b) OLG. 5 50 (Köln), Bauers Z. 10 15: Sie können in ihrer Eigenschaft als vertretungsberechtigte Gesellschafter einer o. HG. nicht mit sich als Inhaber oder Teilhaber eines anderen Geschäfts kontrahieren (§ 181 BGB.).

c) KGJ. 24 A 96 (KG.), Bauers Z. 9 259, Goldschmidts Z. 53 199: Der Nachweis der Befugnis eines Gesellschafters zur Vertretung einer o. HG. kann sowohl durch ein Zeugnis des Gerichts über die Eintragung, als auch durch die beglaubigte Abschrift des die G. betreffenden Inhalts des Handelsregisters geführt werden.

2. Die ausgeschlossenen Gesellschafter.

a) Staub Anm. 2: Dem von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter kann generelle Handlungsvollmacht oder Prokura nicht erteilt werden. A. A. Makower 240, 89, Düringer-Hachenburg I 176.

b) RG. (Strafs.) 33 397, Bauers Z. 8 137: Zeichnet ein von der Vertretung Ausgeschlossener o. HG.er die Gesellschaftsfirma, so macht er sich der Urkundenfälschung schuldig: Die Firma der o. HG. ist ein ihm fremder Name.

3. Ausschluß sämtlicher Gesellschafter.

a) Staub Anm. 2 hält den Ausschluß sämtlicher Gesellschafter von der Vertretung für unzulässig, weil die Gesellschaft mindestens einen gesetzlichen Vertreter haben müsse.

b) A. A. die herrschende Meinung. Hellwig, Anspruch 274 Anm. 24: Ein Dritter kann unter Ausschluß sämtlicher Gesellschafter zur Vertretung bestellt werden.

c) Ebenso Höniger a. a. O.: Die Begriffsbestimmung und das Interesse des Publikums steht einer solchen Abmachung nicht entgegen. Ebensowenig der Umstand, daß, wenn der Dritte sein Amt niederlegt, die Gesellschaft ohne Vertreter ist. Der Zustand ist nichts Absonderliches und kann beseitigt werden.

d) So auch Goldmann Nr. 11, Lehmann-Ring Anm. 8, Makower 239, SächsOLG. 22 159 (Dresden), Bauers Z. 8 237, Goldschmidts Z. 53 205, CBlFrG. 2 150, nach welchen beim Vorliegen einer sämtliche Gesellschafter ausschließenden Vereinbarung Gesamtvertretung durch sämtliche Gesellschafter als gewollt anzusehen ist.

4. Unzulässige Vereinbarungen.

Weber 78: Es kann nicht bestimmt werden, daß von zwei Gesellschaftern der eine allein, der andere nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen die Gesellschaft zu vertreten befugt ist. Denn der letztere würde, weil nicht ausdrücklich von der Vertretung ausgeschlossen, trotz der Vereinbarung allein zur Vertretung berechtigt sein. A. A. Staub Anm. 12.

5. Anwendbarkeit auf alte Gesellschaften.

Lehmann, Goldschmidts Z. 48 59 hält Abs. 2 Satz 2, 3 für anwendbar.

6. Einzelnes.

a) RG. JW. 00 624, Holdheims MSchr. 9 287, Bauers Z. 8 112: Die o. HG., welche das Dienstverhältnis eines Handlungsgehilfen verlängert hat, obwohl ein Teilhaber von einer die Entlassung rechtfertigenden Dienstwidrigkeit Kenntnis hat, kann letztere nicht mehr als Entlassungsgrund geltend machen. Das Wissen eines Teilhabers ist Wissen der o. HG.

b) OLG. 3 122 (Stettin): Bei Gesamtprokura genügt Zustellung an einen Prokuristen.

**§ 126.** 1. Abs. 1 (Prokuraerteilung).

Weber a. a. O.: Der Teilhaber einer o. HG., der die Gesellschaft nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zu vertreten befugt ist, kann keine Prokura erteilen, da der Prokurist zu diesem Akte nicht ermächtigt ist (76). Sollen Grundstücke der Gesellschaft bei gleicher Sachlage veräußert oder belastet werden, so

muß dem Prokuristen die Befugnis hierzu nach § 49² erteilt sein (77). A. A. Staub Anm. 13 (vgl. auch § 108).

2. Abs. 2. a) Staub Anm. 9: Beschränkungen der Vertretungsmacht gelten den Gesellschaftern gegenüber, sobald sie mit der Gesellschaft kontrahieren. A. A. Makower 242, Goldmann Nr. 18.

b) OLG. Breslau, R. **02** 353: Zeichnet ein Gesellschafter gesellschaftsvertragswidrig einen Wechsel im Namen der Gesellschaft, so wird diese zwar daraus verpflichtet, doch haftet der Unterzeichner einem persönlich aus dem Wechsel in Anspruch genommenen Gesellschafter in Höhe der Schuld und der Prozeßkosten, ohne sich auf die Vorteile, die das Gesellschaftsverhältnis bei Berichtigung von Ansprüchen unter Gesellschaftern bietet, berufen zu können. Dagegen darf er die zur Befreiung gemachte Aufwendung gegen die Gesellschaft und zwar in derselben Weise wie Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag geltend machen.

c) **RG.** DJZ. **03** 369, Bauers Z. **10** 78, JW. **03** Beil. 74: Das von einem vertretungsberechtigten Gesellschafter geschlossene Geschäft bleibt gültig, auch wenn der Gesellschafter mit Wissen des Gegenkontrahenten Mißbrauch mit seiner Vertretungsmacht getrieben hat. Nur ein betrügerisches Zusammenwirken beider zum Schaden der Gesellschaft hebt die Verpflichtung der letzteren auf. Dieser in der bisherigen Rechtsprechung feststehende Grundsatz findet jetzt seine gesetzliche Grundlage in den §§ 138, 823, 826 BGB.

d) OLG. Darmstadt, HessRspr. **4** 97, OLG. **7** 392, R. **03** 531: Bei der unbedingten Fassung des § 126 ist davon auszugehen, daß der Dritte nur dann keine Rechte gegen die Gesellschaft erwirbt, wenn der Teilhaber mit dessen Willen absichtlich zum Nachteile der Gesellschaft handelt. Vgl. auch JDR. **2** zu § 765 BGB.

3. Abs. 3. Denzler, Filiale 129, 155, 277: Da die Beschränkung der Vertretungsmacht eines Gesellschafters auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen stets den Gesellschafter von der Vertretung bei den übrigen Niederlassungen ausschließt, und dieser Ausschluß nach § 125 Abs. 4 eintragungsbedürftig ist, hat nur die entsprechende Anmeldung des teilweisen Ausschlusses die durch § 126³ zugelassene Wirkung.

**§ 127.** Lehmann, Goldschmidts Z. **48** 147: Die Vertretungsmacht kann bei Gesellschaften, welche vor dem 1. 1. 00 gegründet sind, nicht entzogen werden.

**§ 128.** 1. Furrer, Haftung des Kommanditisten 91 (der doppelte Rechtsgrund der Haftung des Handelsgesellschafters), 76 (Kritik der Theorie des einzigen Rechtsgrundes der Gesellschafterhaftung): Für die Schulden der Gesellschaft haften einerseits die Gesellschaft und andererseits die Gesellschafter nicht aus demselben Rechtsgrunde. Eine Gesellschaftsschuld stellt sich dar als eine „beschränkte Einheitsschuld", für welche die einzelnen Gesellschafter unbeschränkt mithaften kraft Rechtssatzes.

2. a) **RG.** R. **02** 49, 415; **03** 161; DJZ. **02** 92; JW. **02** 78; Bauers Z. **9** 137; Puchelts Z. **33** 146; SeuffBl. **68** 77; ElsLothrJZ. **27** 341: Aus den von einer o. HG. und für dieselbe abgeschlossenen Rechtsgeschäften wird als Vertragspartei nur die Gesellschaft als solche berechtigt und verpflichtet. Persönlich stehen die Gesellschafter nicht in den Vertragsverhältnissen der Gesellschaft, sie haften nur persönlich für die Vertragsverbindlichkeiten der Gesellschaft, und es kann daher von einer persönlichen Haftbarkeit ihrerseits nur die Rede sein, wenn solche Vertragsverletzungen seitens der Gesellschaft vorliegen.

Klagen gegen den einzelnen — also auch gegen den ausgeschiedenen — Gesellschafter verlangen daher zu ihrer Begründung die Behauptung, daß die Gesellschaft vertragsbrüchig sei. Ähnlich **RG.** JW. **00** 253.

b) RG. JW. **02** 445, Bauers Z. **10** 14: Der ausgeschiedene Gesellschafter haftet nach außen (anders nach innen, § 740 BGB.) nicht für Prolongationswechsel, die nach seinem Ausscheiden zur Tilgung vorher entstandener Wechselverbindlichkeiten gegeben sind.

3. OLG. 2 342 (Hamburg), Bauers Z. **9** 71: Die als Gesellschafter einer o. HG. Eingetragenen haften als Gesamtschuldner, auch wenn sie kein Handelsgewerbe betreiben.

4. a) RG. SächsA. **13** 350, BankA. 2 142, R. **03** 311: Wer eine Firma im Rechtsverkehre gebraucht, haftet, einerlei, ob er eingetragen ist, oder nicht, wie ein Kaufmann. Die mehreren „Inhaber" der Firma haften als Gesamtschuldner.

b) OLG. 6 26 (Breslau): Der aus einer o. HG., die nicht im Handelsregister eingetragen ist, ausgeschiedene Gesellschafter haftet ebenso, als wenn die Gesellschaft eingetragen gewesen wäre. Insbesondere ist § 15 für ihn maßgebend. Dies folgt aus § 123² i. V. mit §§ 143², 31.

c) OLG. **6** 352 (Posen): Wenn eine Vereinigung mehrerer, die an sich keine Gesellschaft bilden, sich als o. HG. geriert, — insbesondere die Beteiligten dulden, daß eine entsprechende Eintragung im Handelsregister besteht, so muß sie sich als solche behandeln lassen und unterliegt demzufolge der Solidarhaft (RG. **40** 146, **51** 37) nach dem Grundsatze, daß jeder sich gefallen lassen muß, daß sein Verhalten und seine Erklärung im Handelsverkehre so aufgefaßt wird und diejenige Bedeutung findet, die ihr nach Treu und Glauben im Rechtsverkehre zukommt.

d) KGBl. **13** 60, R. **03** 458 (KG.): Dadurch, daß zwei Personen ihr Handelsgewerbe, selbst wenn es den Rahmen des Kleingewerbes nicht überschritten haben sollte, unter einer auf eine o. HG. deutenden Firma nach außen hin betreiben, sind sie gutgläubigen Dritten gegenüber zu Gesellschaftern i. S. der Bestimmungen über die Haftung bei o. HG. geworden. Vgl. unten § 143 Nr. 2.

5. Vgl. JDR. **2** Nr. 7 zu § 705 BGB.

**§ 129.** Vgl. oben § 124 Nr. 6 b.

Literatur: Schulte, Über die Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäfts für vorhandene Schulden. Diss. 1900.

**§ 130.** Schulte: Aus dieser Bestimmung darf man nicht mit Busch einen Übergang der Schulden kraft Gesetzes beim Erwerb eines Einzelgeschäfts herleiten. Das Gesellschaftsvermögen hat, anders wie das Geschäftsvermögen eines Einzelkaufmanns, eine gewisse juristische Selbständigkeit; auch wäre es eigentümlich, wenn das Gesetz eine allgemeine Norm in so spezieller Fassung aufstellen wollte (18 f.).

## Vierter Titel.

## Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern.

Literatur: Lastig, Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften, Festgabe der Juristenfakultät Halle für A. Dernburg. — Bauers Z. **10** 282: Der Wert der Lebensversicherung für die o. HG.

**§ 131.** 1. Die rechtliche Bedeutung der Auflösung.

a) Lastig a. a. O. insbes. 210ff.: Die sog. Auflösungsgründe lösen den Personenverband nicht auf; sie bewirken nur den Fortfall der werbenden Grundlage der Gesellschaft und führen zu Ansprüchen auf Auskehrung der Anteile der einzelnen am Reinvermögen. Dieser Auseinandersetzungsanspruch ist ein bloßer Abfindungsanspruch, wenn es sich um das Ausscheiden nur eines Gesellschafters handelt.

Die wirkliche Auflösung tritt erst mit vollendeter Auskehrung des ganzen Nettogesellschaftsvermögens ein. Bloße Abfindung hebt den Personenverband der o. HG. nicht auf, sondern wandelt ihn um, sie kann ihn — s. § 142 — bis auf eine Person zusammenschmelzen lassen.

b) Dernburg, Bürg. R. II 565, Staub Anm. 2, Lastig 185ff., 194ff.: Die bereits aufgelöste Gesellschaft kann sich durch Gesellschaftsbeschluß wieder in eine o. HG. zurückverwandeln, und ist dann Fortsetzung der früheren, nicht eine neue Gesellschaft. Insbesondere ist § 138 dahin auszudehnen, daß die Gesellschaft auch fortbesteht, wenn ein dem § 138 entsprechender Beschluß erst nach Eintritt der Auflösungstatsache gefaßt wird.

c) RG. JW. 01 654: Mit der Auflösung endet nur die produktive Seite der Gesellschaft. Das Gemeinschaftsverhältnis findet erst sein Ende mit der Beendigung der Liquidation.

d) KGJ. 25 A 78 (KG.), RJA. 3 183, CBlFrG. 3 670, Bauers Z 10 162, Goldschmidts Z. 54 276 f., R. 03 126, 240, BankA. 2 111, OLG. 6 352: Es darf als anerkannten Rechtens bezeichnet werden, daß durch die Auflösung nur die produktive Seite der Gesellschaft aufgehoben wird, die Gesellschaft aber für den Zersetzungszweck bis zu dessen Erfüllung fortbestehen bleibt. (RG. 28 132. Vgl. §§ 156, 158.)

Wird die Gesellschaft durch Übernahme seitens eines Gesellschafters beendet, so vollzieht sich der Vermögensübergang nicht durch Gesamtrechtsnachfolge, es bedarf vielmehr der Eigentumsübertragung der einzelnen Bestandteile nach gewöhnlichen sachenrechtlichen Regeln. (KGJ. 22 D 24, 24 A 109.)

Die Gesellschaft erlischt noch nicht durch die Vereinbarung, nach welcher der eine von zwei vorhandenen Gesellschaftern das Geschäft übernehmen soll, sondern erst mit deren tatsächlicher Durchführung.

Bis zur Vollendung der Durchführung können die Gesellschafter die Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft beschließen. (RG. 28 130, Denkschrift zum HGB. 102.) Daraus, daß §§ 134, 144 für besondere Fälle dies aussprechen, darf nicht geschlossen werden, daß der Satz im übrigen nicht gelten soll. Denn für beide Bestimmungen liegen besondere Gründe vor. Im § 134 war die Zulässigkeit stillschweigender Fortsetzung zu ordnen, im § 144 einem arg. e contr. aus § 307² vorzubeugen.

2. Zu Nr. 6. OLG. 6 261 (KG.), BankA. 2 174, Bauers Z. 10 184: Die auf den Namen einer o. HG. eingetragenen Grundstücke müssen nach Auflösung der Gesellschaft den einzelnen Gesellschaftern aufgelassen werden; eine Umschreibung auf die bisherigen Gesellschafter „zur gesamten Hand" ist nicht möglich. Dies gilt auch dann, wenn die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst ist.

3. Wechsel in der Person der Gesellschafter. Vgl. auch Nr. 4 der allgemeinen Bemerkungen zum 2. Buche, und JDR. 1, 2 zu §§ 736, 738 BGB.

a) α. Bauers Z. 9 39 wird die Frage: Geltung des alten Gesellschaftsvertrags, wenn der o. HG. ein neuer Teilhaber hinzutritt, verneinend behandelt, da durch den Zutritt die alte Gesellschaft aufgelöst und eine neue gegründet werde. —

β. Hellwig, Rechtskraft 207 f.: Der Eintritt eines neuen Gesellschafters begründet Gesamtnachfolge.

b) Staub Anm. 4: § 130 findet auch Anwendung, wenn an Stelle des einen, aus einer nur aus zwei Personen bestehende o. HG. ausscheidenden Gesellschafters ein anderer tritt. A. A. Makower 253.

c) Rechtsprechung.

**RG.** JW. **01** 845, Bauers Z. **9** 92, Holdheims MSchr. **11** 38, 203, SächsA. **12** 475: Durch einen Wechsel wird regelmäßig die Weiterexistenz der o. HG. nicht berührt; doch kann im Einzelfalle nach Lage der Umstände auch die bisherige Gesellschaft als aufgelöst und eine neue als entstanden anzusehen sein.

d) Vgl. zu § 131 Nr. 2, § 139 Nr. 4.

Literatur: Beispiele für das Erfordernis „wichtiger Grund" bietet Bauers Z. 8 115.

**§ 132.** 1. Kündigungsgrund in der Person des die Auflösung Fordernden.

**RG.** Holdheims MSchr. **9** 290, Bauers Z. **8** 113: Der zur vorzeitigen Kündigung berechtigende Grund kann auch in der Person des die Auflösung verlangenden Gesellschafters liegen. Die vor dem 1. 1. 1900 getroffenen Vereinbarungen über Beschränkung oder Ausschließung der Auflösung der Gesellschaft sind, da das alte HGB. sie nicht verbot, wirksam.

2. Ullmann, JW. **02** 50: Ist die Ehefrau bei Beginn der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung Gesellschafterin einer o. HG., so sind die übrigen Gesellschafter nicht nach § 133 zur Kündigung berechtigt, wenn der Ehemann die Fortsetzung des Erwerbsgeschäfts nicht genehmigt. Denn diese Weigerung hat keinen Einfluß auf die Geschäftsfähigkeit der Frau; auch wird das Verwaltungsrecht der Frau in Ansehung des Gesellschaftsvermögens durch sie nicht berührt; mithin fehlt es an einem wichtigen Grunde. Derselbe gilt für den Eintritt der allgemeinen Gütergemeinschaft und der Errungenschaftsgemeinschaft.

3. **RG.** **51** 91 passim: Setzt der aus einem wichtigen Grunde zur Kündigung berechtigte Teil in Kenntnis eines bestimmten Tatbestandes das Verhältnis stillschweigend fort oder erklärt er gar, keinen Auflösungsgrund daraus herleiten zu wollen, so kann er auf Grund des betreffenden Vorkommnisses für sich allein auch später die Auflösung des Verhältnisses nicht verlangen, bedarf vielmehr neuer Tatsachen, die alsdann auch wieder mit dem früher geschehenen oder bekannt gewordenen in Verbindung gebracht werden dürfen. (ROHG. **17** 220.)

Literatur: Pinkernelle, Rechtliche Stellung der Erben eines Gesellschafters nach BGB. und HGB.

**§ 137.** Lehmann, Goldschmidts Z. **48** 83: § 137 gilt als erbrechtliche Vorschrift auch für die Gesellschaften des alten Rechtes, wenn der Gesellschafter nach dem 1. 1. 1900 verstorben ist.

**§ 138.** 1. Vgl. IDR. **1**, **2** zu §§ 736f. BGB. und oben § 131.

2. **RG.** DJZ. **02** 547, Bauers Z. **10** 91: Da die Bestimmung des Art. 31, § 40 HGB. über die Bewertung der Vermögensgegenstände in der Bilanz dispositiv ist, ist der ausscheidende Gesellschafter bei Ermittelung des Wertes seines Anteils nicht an die letzte Bilanz gebunden. Vgl. dazu Nr. 1 zu § 120.

Literatur: Staub, Gruchots Beitr. **42** 611, Sonderabdruck der Erläuterungen seines Kommentars zu § 139; s. auch zu § 137.

**§ 139.** 1. Lastig a. a. O. 191f.: Scheidet der Erbe wegen Nichtgewährung der Kommanditistenstellung aus, so wird die o. HG. nicht ohne weiteres aufgelöst, vielmehr ist nach der Lage des Einzelfalls zu beurteilen, ob das Ausscheiden des Erben für die übrigen Gesellschafter einen wichtigen Grund nach § 133 darstellt. Der Ausscheidende kann nicht Liquidation verlangen, seine Rechtsstellung ergibt sich vielmehr aus § 138.

2. Ehefrau als Erbin.

Ullmann a. a. O. 51, 55: Eine Ehefrau wird durch die Annahme der Erbschaft, die sie ohne Zustimmung ihres Ehemanns erklären konnte, offene Handelsgesellschafterin, und zwar auf die Dauer, wenn sie die Frist zur Abgabe der Erklärungen aus § 139 verstreichen läßt. Will sie dagegen solche Erklärungen abgeben, so bedarf sie der Zustimmung ihres Mannes. Auch dieser kann sie mit ihrer Zustimmung abgeben, oder ihre Zustimmung nach § 1379 BGB. ergänzen lassen. (Gesetzliches Güterrecht und Errungenschaftsgemeinschaft.)

3. Rückwirkung.

a) Lehmann, Goldschmidts Z. 48 82 f., Staub Anm. 27, Goldmann Nr. 40, Lehmann-Ring Nr. 13: Die Vorschrift gilt auch für alte Gesellschafter, wenn der Gesellschafter nach dem 1. Januar 1900 verstirbt. Lehmann: Es handelt sich um eine erbrechtliche Vorschrift, welche nach Art. 213 EGzBGB. anzuwenden ist.

b) Staub: Die Vorschrift ist nicht rein erbrechtlich, sondern greift auch in gesellschaftliche Verhältnisse ein, findet aber gleichwohl Anwendung, weil sie zu denen gehört, welchen der Gesetzgeber eine so intensive Bedeutung beilegt, daß er den entgegengesetzten Zustand des bisherigen Rechtes nicht länger dulden wollte.

c) Goldmann stützt die Anwendbarkeit unter Ablehnung der Staubschen Begründung gleichfalls auf Art. 213: „erbrechtliche Verhältnisse" seien im weitesten Sinne zu nehmen. Aus der zwingenden Natur einer Vorschrift könne man nicht auf die Absicht der Rückwirkung schließen.

4. **RG. 55** 126 ff., BankA. 3 45, JW. **03** Beil. 293: Da nach §§ 162³, 139¹ eine o. HG. unter Wahrung ihrer Identität zu einer KG. gemacht werden kann, ist auch die Möglichkeit gleicher Umwandelung einer KG. in eine o. HG. anzuerkennen. Die infolge solcher Umwandelung erfolgende Eintragung der o. HG. ist keine nach § 72 Ziff. 2a des preuß. Gerichtskostengesetzes gebührenpflichtige „erste Eintragung".

**§ 142.** 1. Fortführung der Firma. Lastig a. a. O. 200 ff.: Die Bestimmungen dieses Paragraphen sind aus dem Gedanken auszulegen, daß das Gesetz den einzigen Mitgesellschafter ebenso stellen wollte, wie die mehreren Mitgesellschafter (im § 140). Deshalb bedarf es, entgegen § 22 und entsprechend § 24², zur Fortführung der Firma der Zustimmung des ausscheidenden Gesellschafters nicht immer, sondern nur dann, wenn dessen Name in der Firma enthalten ist (vgl. auch zu §§ 22, 24).

2. Klage aus Abs. 1. a) Staub Anm. 2, Goldmann Nr. 6: Die Klage aus Abs. 1 gipfelt in dem Antrage, den Kläger für berechtigt zu erklären, das Geschäft zu übernehmen. Mit der Rechtskraft des Urteils tritt die im § 142 statuierte Wirkung (s. u. 3) ein; so auch Hellwig, Anspruch 460 und anscheinend Lastig 203.

b) A. A. Makower 279, Lehmann-Ring Nr. 2a: Ersterer fordert beim Vorliegen des rechtskräftigen Urteils, noch die Erklärung des Gesellschafters übernehmen zu wollen, letzterer meint, daß das Urteil dem Kläger nur das Recht, nicht die Pflicht zur Übernahme gebe und Auflösung der Gesellschaft bewirke, wenn der Kläger von der Übernahme absehe.

3. Wirkungen der Übernahme. a) Goldmann Anm. 15, § 138 Anm. 6 ff.: Die Wirkungen der Übernahme sind nach §§ 738–740 BGB. zu beurteilen. Einer Auflassung der Gesellschaftsgrundstücke bedarf es also nicht. Ähnlich Makower 279, Staub Anm. 2 unter Hinweis auf Abs. 3 und § 738 BGB., Lastig 205 ff., weil das Subjekt des Gesellschaftsvermögens nicht wechselt, sondern sich nur innerlich wandelt.

b) A. A. Lehmann-Ring Nr. 4: Für die Übertragung des Gesellschaftsvermögens gelten die gewöhnlichen sachenrechtlichen usw. Regeln, insbesondere ist Auflassung erforderlich. Abs. 3 regelt nur die obligatorische Auseinandersetzung; § 738 BGB. setzt Fortbestand der Gesellschaft voraus.

c) Vgl. ferner JDR. **1**, 2 zu §§ 738 ff. BGB.

4. Rückwirkung. OLG. **3** 342 (KG.), R. **01** 596, Bauers Z. **9** 94 f. und R. **02** 617, Bauers Z. **10** 41, SächsOLG. **24** 97 (Dresden): § 142 ist nicht zwingenden Rechtes und daher auf die unter altem Rechte begründeten Gesellschaften nicht anwendbar.

5. Vertragsmäßige Übernahme.

a) Übergang der Gesellschaftsaktiva.

α. OLG. **3** 34 (Hamburg), SeuffA. **57** 455, Bauers Z. **8** 279, **10** 91 f., SächsA. **11** 610, RJA. **2** 146, R. **01** 466, 496 (und irrig 386): Treffen zwei Gesellschafter eine dem § 142 entsprechende Vereinbarung, so können gleichwohl die Bestimmungen dieses Paragraphen nicht analog angewendet werden. Daher ist zur Überlassung der Gesellschaftsgrundstücke Auflassung erforderlich.

β. In gleichem Sinne LG. Metz, R. **02** 19, ElsLothrJZ. **22** 118, Bauers Z. **9** 164 und OLG. Dresden, CBlFrG. **2** 627, SächsOLG. **23** 50.

γ. BayrObLG., R. **03** 212; OLG. **7** 333, BankA. **2** 127: Der gerichtliche Vergleich, inhaltlich dessen der eine Gesellschafter aus einer o. HG. ausscheidet und der andere das Gesellschaftsvermögen allein mit dem Rechte der Fortführung der Firma übernimmt, ersetzt, wenn zum Gesellschaftsvermögen ein Grundstück gehört, nicht die Auflassung und die Eintragung im Grundbuch; ebenso OLG. Dresden, SächsOLG. **24** 349, Bauers Z. **10** 209.

δ. KGJ. **24** A 109 ff., RJA. **3** 97 (KG.), Goldschmidts Z. **53** 201: Die Gesellschaftsgrundstücke müssen dem Übernehmenden aufgelassen werden, auch wenn er das bisherige Geschäft unter der bisherigen Firma fortführt. § 738 BGB. findet keine entsprechende Anwendung, da er voraussetzt, daß der Fortbestand der Gesellschaft durch das Ausscheiden eines Gesellschafters nicht berührt wird. Ebensowenig kann der Umstand, daß von einigen (Staub Anm. 2; a. A. Lehmann-Ring Nr. 4) für § 142 das Prinzip der Gesamtnachfolge vertreten wird, zu dem Schlusse führen, daß es analog bei vertragsmäßiger Übernahme anzuwenden sei.

b) Stempel. Holdheims MSchr. **10** 89: Eine mit den Wirkungen des § 142 ausgestattete Vereinbarung zwischen zwei Gesellschaftern ist nach Abs. 2, nicht Abs. 1 der Tarifstelle 25 des preußischen Stempelgesetzes zu entrichten.

c) Einzelnes.

α. OLG. **4** 468, Goldschmidts Z. **53** 193, KGJ. **24** A 192 (KG.): Übernimmt ein Gesellschafter das Geschäft der o. HG. und führt mit Zustimmung der anderen die alte Firma fort, so ist er verpflichtet, in der Anmeldung der Firma zum Handelsregister die Firma zu zeichnen, einerlei, ob er sie schon früher als Gesellschafter gezeichnet hat, oder nicht.

β. **RG. 55** 121 ff.: Übernimmt einer von zwei Gesellschaftern das bisher von der o. HG. betriebene Geschäft, und wird die Firma gelöscht, so bleibt er gleichwohl berechtigt, von dem ausscheidenden Gesellschafter die Zustimmung zu verlangen, daß die unter dem Namen der Firma eingehenden Postsendungen ihm eingehändigt werden. Denn zu einem im Betriebe befindlichen Geschäfte gehören nicht nur die dem Betriebe gewidmeten Gegenstände und die in dem Gewerbe entstehenden Forderungen, sondern auch die auf den bisherigen Betrieb, auf die durch ihn geschaffenen Verkehrsbeziehungen sich stützenden Aussichten für den weiteren Geschäftsbetrieb; es ist deshalb anzunehmen, daß der übernehmende Gesellschafter nach Absicht der Parteien zur Ausnutzung der sogen. Chancen des Geschäfts imstande sein und bleiben sollte; vgl. ferner JDR. **1**, 2 zu § 738 BGB.

**§ 143.** 1. Vgl. oben zu § 131.

2. KGBl. **12** 100 (KG.); ähnlich KGBl. **13** 60 (KG.): Die Vorschrift, daß dritten Personen die Auflösung der o. HG nur nach Maßgabe des § 15 HGB. (d. h. wenn sie eingetragen ist) entgegengesetzt werden kann, gilt auch für den Fall, daß die Eintragung bei Errichtung der Gesellschaft unterblieben ist; vgl. oben § 128 Nr. 4.

Literatur: Burchardt, Feststellung im Konkurse der o. HG. 1900; Bauers Z. **9** 229 ff.: Zum Konkurse der o. HG. und Kommanditgesellschaft; Bauers Z. **10** 137: Der Zwangsvergleich im Konkurse der o. HG. und der Kommanditgesellschaft. — Gottschalk, Das Stimmrecht der Ehegatten beim Zwangsvergleich einer o. HG., DJZ. **02** 199. — Meyer, Das Stimmrecht der Ehegatten beim Zwangsvergleich einer o. HG. und bei sonstigen Sonderkonkursen, DJZ. **02** 342.

**§ 144.** 1. Wer ist Gemeinschuldner? Burchardt: Gemeinschuldner sind die zur gesamten Hand verbundenen Gesellschafter. Sie können nur zusammen und einhellig eine Forderung bestreiten. Der Widerspruch eines einzelnen Gesellschafters ist ohne Wirkung. Einen Anhalt für die Richtigkeit dieser Ansicht bietet § 211 KO. (67). A. A. Jäger, Konkurs der o. HG. (1897) 75, nach dem der Widerspruch jedes Gesellschafters die Geltung der Feststellung einer Gesellschaftsschuld über den Konkurs hinaus vereitelt.

2. Burchardt 88 ff.: Der ausgeschiedene Gesellschafter steht dem nicht ausgeschiedenen gleich hinsichtlich der vor seinem Ausscheiden entstandenen und der zwar nach seinem Ausscheiden, aber vor dessen Eintragung im Handelsregister erwachsenen Gesellschaftsschulden.

3. Feststellung im Konkurse.

a) Burchardt 23: Die Feststellung im Konkurse kann gegen die Gesellschaft als solche gemäß § 164 Abs. 2 KO. eine Wirkung nach Beendigung des Konkurses nicht mehr ausüben, weil die Gesellschaft zu bestehen aufgehört hat, und ihre Fortsetzung im § 143 nur bei Zwangsvergleich oder Einstellung ermöglicht ist.

b) Hellwig, Anspruch 288; Staub Anm. 15: Aus der Feststellung in der Konkurstabelle beim Konkurse der o. HG. kann nicht gegen den einzelnen Gesellschafter vollstreckt werden. — A. A. Jäger a. a. O. 78 ff. für das frühere Recht.

c) Burchardt 86 ff.: Die Feststellung im Konkurse wirkt ebensowenig, wie das Urteil unmittelbar gegen die Gesellschafter. Vielmehr muß der Gläubiger sich mit Klage gegen den einzelnen Gesellschafter wenden. In dem Rechtsstreite kann der Beklagte sich nicht darauf berufen, daß eine Gesellschaftsschuld nicht vorliege.

d) OLG. **1** 230 (KG.), R. **00** 490: Durch Nichterklärung im Gesellschaftskonkurse verliert der Gesellschafter das Recht, einer im Konkurse festgestellten Forderung zu widersprechen. Er kann, da in seinem Schweigen ein Anerkenntnis liegt, in diesem Falle einer auf Grund der Feststellung im Konkurse gegen ihn gerichteten Klage nur Einwendungen aus einem persönlichen Verhältnisse zum Gläubiger entgegensetzen.

4. Gottschalk a. a. O.: Die Beschränkung des Stimmrechts der Ehefrau im Zwangsvergleichsverfahren (§ 183) findet auf die Ehefrauen der o. HG.er im Gesellschaftskonkurse keine Anwendung. Die Gesellschafter nehmen eine andere Stellung als die Gemeinschuldner ein. § 209 KO. enthält sich einer Bezugnahme auf § 183.

A. A. Meyer a. a. O.: Eine Bezugnahme im § 209 ist überflüssig, weil § 183 überall anzuwenden ist, wo die Schuldner physische Personen sind. Gottschalk würde nur dann recht haben, wenn die Anwendbarkeit des § 183 ausdrücklich ausgeschlossen wäre.

5. Auch wenn die o. HG. vor dem 1. 1. 00 in Konkurs geraten ist, ist nach dem 1. 1. 00 eine Klage gegen die einzelnen Gesellschafter während der Dauer des Konkurses zulässig. KGBl. **10** 8.

## Fünfter Titel.
## Liquidation der Gesellschaft.

**§ 146.** 1. Abs. 2. LG. Hamburg, HansGerZ. **01** Hauptbl. 295; Bauers Z. **9** 92 f. Ein wichtiger Grund liegt schon vor, wenn sich aus dem Parteivorbringen ergibt, daß ein gedeihliches Zusammenarbeiten zwischen den Gesellschaftern-Liquidatoren nicht möglich ist, und jeder die Ernennung des anderen zum alleinigen Liquidator als eine gegen sein Interesse gerichtete Maßregel angesehen haben würde.

Bei dieser Sachlage kann ein Dritter zum Liquidator bestellt werden, ohne daß es einer Nachprüfung bedarf, inwieweit die beiderseitigen Beschuldigungen gerechtfertigt sind.

2. Zuständigkeit:

a) OLG. **5** 202 (Dresden): Für die Bestellung des Liquidators nach § 146 ist ausschließlich der Registerrichter zuständig.

b) **RG.** JW. **01** 754, Bauers Z. **9** 93: Die Berufung und Abberufung der Liquidatoren kann stets nur durch das Amtsgericht erfolgen, sowohl wenn § 145 FrG., wie wenn § 937 ZPO. anzuwenden sind.

**§ 147.** S. oben zu § 146 Nr. 2.

**§ 149.** 1. S. oben zu §§ 125 f.

2. Dernburg, Bürg. R. II 568 Anm. 12: Die Liquidatoren sind nicht befugt, den Passivsaldo eines Gesellschafters einzuziehen, da diese Forderung nicht der Gesellschaft, sondern den Gesellschaftern zusteht.

3. Über die verneinend beantwortete Frage, ob der Liquidator einer neuen Gesellschaft als Gesellschafter beitreten darf, vgl. Beschluß des KG. v. 4. 2. 01 und Pinner, Holdheims MSchr. **10** 136.

**§ 150.** 1. Denzler, Filiale 280: Bei Vorhandensein mehrerer Liquidatoren gestattet das Gesetz, daß unter Voraussetzung entsprechenden Registereintrags jeder einzelne Liquidator die Gesellschaft vertreten könne. Obwohl sich eine dem § 126 Abs 3 entsprechende Bestimmung nicht findet und § 151 die Unbeschränkbarkeit der Befugnisse der Liquidatoren gegenüber Dritten ausdrücklich betont, so dürfte eine Beschränkung der Vertretungsmacht des Liquidators auf die Liquidation einer Niederlassung weder dem Sinne, noch auch dem Wortlaute des Gesetzes widersprechen. Für die Beschränkbarkeit kann auch § 150 Abs. 2 angeführt werden, welcher den Liquidatoren gestattet, einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften zu ermächtigen.

2. Rechtsprechung.

a) **RG.** Holdheims MSchr. **9** 125: Die nur von einem der mehreren Liquidatoren erklärte Entlassung eines Handlungsgehilfen wird wirksam, wenn sie aus einem gesetzlichen Grunde geschehen ist, so daß in der Klage des Handlungsgehilfen derselbe mit dem Einwande, es habe die Zustimmung etwa vorhandener Mitliquidatoren gefehlt, nicht zu hören ist.

b) **RG.** **47** 18, Holdheims MSchr. **10** 46, R. **01** 472, JW. **00** 785, Bauers Z. **8** 88, SächsA. **11** 334 (unter falschem Datum): Die in Liquidation befindliche o. HG. wird in Ermangelung besonderer Bestimmung nur durch sämtliche Liquidatoren ordnungsmäßig vertreten. Will einer der Liquidatoren gegen die

Gesellschaft i. L. klagen, so ist, da er nicht zugleich als Kläger und als Beklagter auftreten kann, und die übrigen Liquidatoren allein zur Vertretung der Gesellschaft nicht befugt sind, eine anderweite Vertretung, sei es durch Wahl eines neuen Liquidators oder gerichtliche Ernennung eines solchen, zu beschaffen.

**§ 155.** Dieselbe Entscheidung wie zu § 150 Nr. 2b: Wenn Geld, das während der Liquidation entbehrlich ist, nicht zur Verteilung gebracht wird, so kann jeder Gesellschafter gegen die Liquidatoren insgesamt auf Herbeiführung der Verteilung klagen; falls nur einzelne Liquidatoren säumig sind oder der Verteilung widersprechen, so kann jeder Gesellschafter gegen die säumigen oder widersprechenden Liquidatoren Klage erheben. Solche Klage steht auch dem Liquidator, der gleichzeitig Gesellschafter ist, in seiner letzteren Eigenschaft gegen die Mitliquidatoren zu.

**§ 157.** 1. KGJ. **22** A 107, RJA. **2** 72, R. **01** 351, OLG. **3** 346 (KG.): Der Registerrichter hat das Erlöschen der o. HG. auf Grund der Anmeldung dieser Tatsache in das Handelsregister einzutragen und ist nicht berechtigt, nach dem Auflösungsgrunde zu forschen oder den Nachweis der durchgeführten Liquidation oder sonstigen Auseinandersetzung zu verlangen.

2. Bauers Z. 8 15 (Dresden): Die tatsächliche Beendigung der Liquidation ist Voraussetzung der Löschung; nicht aber die Löschung condicio sine qua non der Beendigung der Liquidation.

3. **RG.** Holdheims MSchr. **9** 242: § 157 Abs. 3 findet keine Anwendung, wenn die o. HG. dadurch aufgelöst wird, daß ein Gesellschafter ohne Liquidation das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt und dem anderen Gesellschafter eine Abfindung zahlt. Ist Büchereinsicht in solchem Falle vertraglich gewährt, so gilt diese Abmachung nur für die Zeit, bis zu welcher die Berichtigung des Geschäftsguthabens des ausgeschiedenen Gesellschafters vertragsmäßig sich zu vollziehen hatte und vollzogen hat.

**§ 158.** 1. Hellwig, Anspruch: Nach § 158 gelten die Gesellschafter, solange ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, Dritten gegenüber als Liquidatoren, die Gesellschaft ist also solange als fortbestehend zu behandeln. Das völlige Erlöschen der Gesellschaft hat also auf den Gesellschaftsprozeß dann keinen Einfluß, wenn den Gegenstand desselben ein Gesellschaftsrecht bildet oder wenn durch die gegen die Gesellschaft erhobene Klage eine zum Gesellschaftsvermögen gehörige Sache litigiös geworden ist (289). Das gilt aber nur gegenüber dem Gegner in diesem Prozeß und gilt nicht, wenn kein Gesellschaftsvermögen, sondern nur noch eine Gesellschaftsschuld vorhanden ist (290). Vgl. oben § 124 Nr. 6c.

2. **RG.** JW. **00** 566, SeuffA. **56** 142: Als andere Art der Auseinandersetzung kann gültig vereinbart werden, daß eine o. HG. schon vor Ablauf der im Vertrage für ihre Dauer bestimmten Zeit durch Mehrheitsbeschluß in eine andere Gesellschaft umgewandelt und daß das Gesellschaftsvermögen auf diese neue Gesellschaft übertragen und die Gesellschafter, die mit der Umwandlung und Übertragung nicht einverstanden sind, nach der letzten Bilanz abgefunden werden sollen.

3. **RG. 54** 278, JW. **03** 84, CBlFrG. **4** 118, Bauers Z. **10** 279: Eine Vereinbarung der minderjährigen Erben eines verstorbenen Teilhabers einer o. HG. mit dem verbliebenen Teilhaber über die Liquidation des Geschäfts (hier Einsetzung eines Schiedsgerichts bei Streitigkeiten) bedarf, auch wenn Grundstücke zum Gesellschaftsvermögen gehören, nicht nach § 1821 BGB. der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Es handelt sich nicht um Teilung von Miteigentum, sondern um Gesellschaftsauseinandersetzung, bis zu deren Beendigung die Gesellschaft Trägerin der Rechte ist, also um die Schicksale eines der Gesellschaft gehörenden Grundstücks.

Hachenburg, DJZ. 03 438, weist auf die große Bedeutung der Entscheidung hin: „Alle auf Immobilien bezüglichen Vorschriften des BGB. werden zurücktreten, sobald die Grundstücke als Bestandteil des Gesellschaftsvermögens erscheinen." Daher bedürfen Auseinandersetzungsvereinbarungen, auch wenn sie sich auf Gesellschaftsgrundstücke mitbeziehen, nicht der Form nach § 313 BGB. Vgl. oben § 109 Nr. 5.

Literatur: ÖstZBl. 19 273.

**§ 159.** 1. Denzler, Filiale 184 f., 281 und OLG. Cöln, Puchelts Z. 31 455: Maßgebend für den Beginn der Verjährung ist die Eintragung der Auflösung ins Handelsregister der Hauptniederlassung, es sei denn, daß die inländische Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft in Betracht käme.

2. ÖstZBl. a. a. O.: Die Ansprüche gegen die Gesellschafter verjähren nach § 159 auch im Falle der Auflösung der o. HG. durch Konkurseröffnung (anders die herrschende Meinung nach früherem Rechte).

3. RG. 55 154, BankA. 3 30, JW. 03 316: Ist eine o. HG. lediglich zu dem Zwecke angemeldet, um Geschäfte, die allein für Rechnung einer der als Gesellschafter eingetragenen Personen gehen sollen, im Namen der Gesellschaft abschließen zu können, so findet zugunsten desjenigen, für dessen Rechnung die im Namen der Gesellschaft geschlossenen Geschäfte gemacht worden sind, die fünfjährige Verjährungsfrist des § 159 HGB. keine Anwendung, auch wenn die Gesellschaftsauflösung im Handelsregister eingetragen worden ist.

## Zweiter Abschnitt.

## Kommanditgesellschaft.

Vorbemerkung: Eine zusammenfassende Darstellung des Rechtes der Kommanditgesellschaft ist in den Berichtsjahren 1900 bis 1903 nicht erschienen. Die gesetzliche Regelung nötigt vielfach dazu, auf die Vorschriften über die o. HG. und die Gesellschaft des BGB. zurückzugreifen; es empfiehlt sich daher, die Bemerkungen zu diesen zu vergleichen.

Literatur und Praxis haben sich, der geringen tatsächlichen Bedeutung der Kommanditgesellschaft entsprechend, nur wenig mit den einschlägigen Bestimmungen befaßt. Hervorzuheben sind das Buch von Furrer und das zahlreiche Fragen klarstellende Erkenntnis des RG. vom 12. Februar 1902 (s. zu §§ 171 f.).

Das auf die rechtliche Stellung des Komplementars und des Kommanditisten bezügliche Material ist zu § 164 zusammengestellt.

Literatur: Pfennig, Kommandit- und stille Gesellschaft. Diss. Rostock 1902. — Furrer, Die Haftung des Kommanditisten im Vergleiche mit der Haftung des Komplementars auf Grundlage des französischen, schweizerischen und deutschen Rechtes, 1902. — Reichau, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien und der rechtsfähige Verein, 1903. — Bauers Z. 8 65, Nicht oder nicht mehr bestehende Kommanditgesellschaften.

**§ 161.** 1. Wer kann Komplementar sein?

Pfennig a. a. O. 34 ff.: a) Juristische Personen sind nur dann fähig, Komplementare einer Kommanditgesellschaft zu sein, wenn nach ihrer Organisation auf die freie Widerruflichkeit des Vorstandes verzichtet werden kann, so bei den Vereinen des BGB. (§ 27 [2]); nicht dagegen bei den Aktiengesellschaften und den eingetragenen Genossenschaften.

Ist einem Vereine nach § 30 BGB. für die Geschäfte aus der Beteiligung an einer Kommanditgesellschaft ein besonderer Vertreter bestellt und ist dieser gleichzeitig Komplementar der Gesellschaft, so würde er den Verein und die Gesellschaft vertreten können. Ebenso wie ein Mündel als Kommanditist an einer Kommanditgesellschaft beteiligt sein kann, deren Komplementar sein Vormund ist.

b) Eine o. HG. oder Kommanditgesellschaft kann nicht Komplementar einer HG. sein; da jeder Gesellschaft der Gebrauch einer anderen Firma als ihrer eigenen verboten ist.

Dagegen können die Teilhaber einer KG. gleichzeitig eine von dieser losgelöste o. HG. oder KG. bilden.

2. Pfennig 31: Die Kommanditisten sind Mitträger der Gesellschaftsfirma und daher gleich den Komplementaren als Kaufleute anzusehen.

3. BayrObLG., R. **02** 353 (vgl. oben Nr. 2 b, c zu § 105): Der Umstand, daß in einem Gesellschaftsvertrage die Gesellschafter, die sich an einem Unternehmen gegen Verzinsung ihrer Einlagen und einen Anteil am Reingewinne beteiligen, als Kommanditäre bezeichnet werden, und daß die rechtlichen Beziehungen der Beteiligten Ähnlichkeit mit dem Rechtsverhältnisse zwischen Kommanditisten und persönlich haftenden Gesellschaftern hat, berechtigt noch nicht ohne weiteres zu der Annahme, daß eine KG. im Sinne des HGB. begründet werden sollte.

**§ 162.** 1. OLG. **4** 450, KGJ. **23** A 90, RJA. **3** 20 (KG.): Das Registergericht hat zu prüfen, ob die Errichtung der KG. in gesetzmäßiger Weise vorgenommen ist, und ob der Gesellschaftsvertrag gültig ist.

2. Denzler, Filiale 269 f., 275: Die Anmeldungen bei Errichtung einer Zweigniederlassung haben von sämtlichen Gesellschaftern, die Kommanditisten eingeschlossen, zu erfolgen. Vgl. auch § 164 Nr. 1 b.

Literatur: Bauers Z. **9** 94: Die Überschreitung des Unternehmungsgegenstandes durch den Komplementar. — Das. **9** 187, **10** 92: Die Stellung des Kommanditisten und stillen Gesellschafters zum Personale der Gesellschaft. — Das. **10** 118: Die Niederlegung der Geschäftsführung des Komplementars bei KG. und stiller Gesellschaft. — Das. **10** 185: Der Beitritt eines neuen Gesellschafters zu einer KG.

**§ 164.** 1. Stellung des Komplementars und des Kommanditisten.

a) Bauers Z. **10** 118: Der Komplementar oder der Geschäftsinhaber einer stillen Gesellschaft kann nach § 712² BGB. die Geschäftsführung und Vertretung niederlegen, d. h. den Vertrag kündigen. Tut er es ohne wichtigen Grund, so macht er sich schadensersatzpflichtig.

Die Kommanditisten bezw. stille Teilhaber müssen bei Niederlegung die gerichtliche Bestellung eines Liquidators verlangen, da es sonst an dem notwendigen Vertreter nach innen und außen fehlen würde.

b) RG. **52** 161 ff. passim: Die Beschränkungen im § 164 gelten nur für das Verhältnis nach innen; nach außen ist § 126 (161²) maßgebend. Dagegen: Denzler, Filiale 269: Bezüglich der Filiale gilt entsprechend das zu § 114 Gesagte (vgl. Nr. 2 zu § 114). Der Kommanditist muß bei der Beschlußfassung über die Errichtung usw. mitwirken. Ein Widerspruchsrecht nach § 164 hat er nicht, da die Errichtung einer Zweigniederlassung nicht eine im Betriebe des Handelsgewerbes vorgenommene Handlung bildet.

c) Pfennig 84: Parteieide und richterliche Eide sind nach herrschender Meinung nur von den vertretungsberechtigten Gesellschaftern zu leisten. Legt man dagegen richtigerweise den Schwerpunkt nicht in die Vertretungsmacht, sondern in die prozessuale Eigenschaft sämtlicher Gesellschafter als notwendiger Streitgenossen (vgl. auch zu § 161 Nr. 2), die Bedeutung des Eides nicht in die gleichzeitige Verfügung über das Gesellschaftsvermögen, sondern in die feierliche Beurkundung der Wahrheit, so sind auch die nicht vertretenden Komplementare und die Kommanditisten eidespflichtig.

2. Aufnahme neuer Gesellschafter.

a) Bauers Z. **10** 185: Kann nur erfolgen mit Zustimmung aller Beteiligten. Der Komplementar ist nicht kraft seiner Vertretungsmacht allein zu einer entsprechenden Vereinbarung berechtigt.

b) RG. **52** 161, BankA. **2** 90: Die Aufnahme eines neuen Kommanditisten geht über die Vertretungsmacht des Komplementars hinaus und bedarf der Zustimmung aller Gesellschafter. Dies folgt aus der grundsätzlichen Gestaltung der o. HG. und der KG. als geschlossener Verbände, sowie aus den positiven Vorschriften der §§ 108 ¹, 161 ², 162 ³, wonach der Beitritt eines neuen Kommanditisten von sämtlichen Gesellschaftern zum Handelsregister angemeldet werden muß.

Ist der Komplementar zum Abschluß über den Beitritt eines neuen Kommanditisten von den übrigen bevollmächtigt, so kann er den Vertrag schließen.

3. Das Personal der KG. Bauers Z. **9** 187: Die Anstellung des Personals liegt den Komplementaren ob. Das. **10** 92 f.: Zwischen dem Kommanditisten und dem Geschäftspersonale besteht an sich keinerlei Rechtsverhältnis; das Personal hat also an sich seinen Anordnungen nicht Folge zu leisten. Im Gesellschafts- (oder Anstellungsvertrage) kann Abweichendes bestimmt werden.

4. a) Pfennig 74: Vertraglich kann ein Kommanditist zum geschäftsführenden Gesellschafter bestellt werden. In diesem Falle ist er um seine Zustimmung anzugehen, auch da, wo er als Kommanditist nicht gehört zu werden brauchte. Er untersteht dann auch dem Konkurrenzverbote (75).

b) OLG. **3** 277 (Bamberg), Bauers Z. **9** 65: Der Kommanditist kann zum Handlungsbevollmächtigten, insbesondere zum kaufmännischen Leiter der Gesellschaftsfabrik bestellt werden.

5. Wegen der Einlage des Kommanditisten vgl. zu § 170 Nr. 1.

Literatur: Bauers Z. 8 186 f.: Vom Rechte des Kommanditisten und des stillen Gesellschafters, zur Einsicht der Geschäftsbücher usw. einen Bücherrevisor zuzuziehen. — Bauers Z. **10** 87: Verjährt das Recht des Kommanditisten und des stillen Gesellschafters auf Bilanzprüfung? — Das. **10** 280: Die Beanstandung von Bilanzposten bei der Kommandit- und stillen Gesellschaft.

**§ 166.** 1. Josef, R. **02** 90: Zulässigkeit der Klage aus Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Der nach § 166 Abs. 3 vertragsgemäß erlassene Beschluß begründet ebenso wie Gesetz und Vertrag eine privatrechtliche Verbindlichkeit des persönlich haftenden Gesellschafters gegenüber dem Kommanditisten. Seine Befolgung kann auf Antrag durch das Gericht mittels Ordnungsstrafen usw. (Artt. 15—18 AG. z. FrGG.) erzwungen werden. Doch kann der Kommanditist auch auf Befolgung klagen. A. A. Rausnitz zu Pr. AG. z. FrGG. 190.

2. Bauers Z. **10** 67: Das Recht aus § 166 ¹ kann, solange das Gesellschaftsverhältnis noch besteht, nicht verjähren. Ein Recht auf Unterlassung der Bilanzprüfung läßt sich nur aus einer ausdrücklichen Abmachung dieses Inhalts herleiten. Diese Abmachung würde aber nur so lange wirksam bleiben, als nicht die Annahme unredlicher Geschäftsführung gegeben ist.

Literatur: Bauers Z. **10** 16: Welchen Einfluß hat die Nichtvolleinzahlung der Einlage auf den Gewinnanspruch des Kommanditisten und stillen Teilhabers?

**§ 168.** Die Frage gewinnt gegenüber den gesetzlichen Bestimmungen Bedeutung nur, wenn Vereinbarungen über die Gewinnbeteiligung ohne Berücksichtigung dieses Falles getroffen sind; die Anteile sind unter Beachtung aller Billigkeitsmomente zu bemessen.

Literatur: Bauers Z. 8 281: Von der Pflicht des Kommanditisten und stillen Teilhabers zur Rückgabe des bezogenen Gewinns.

**§ 169.** Pfennig 69: Erleidet die KG. noch Verluste, nachdem bereits die ganze Einlage des Kommanditisten durch Verluste aufgezehrt ist, so kann er

zur Deckung dieser zwar nicht herangezogen werden, doch erhält er einen Gewinnanteil erst dann wieder ausgezahlt, wenn die Gewinne nicht nur den Betrag seiner Einlage, sondern auch den nach deren Verbrauch auf ihn entfallenen Verlustanteil übersteigen. Ebenso Staub Anm. 4, Makower 331, Goldmann § 166 Nr. 12; dagegen lassen Lehmann-Ring Nr. 4 zu § 167 den Kommanditisten an dem nach Verbrauch seiner Einlage entstandenen Gewinne nicht teilnehmen.

2. Bauers Z. a. a. O.: Abs. 2 ist strikt zu interpretieren, gilt nicht in den Fällen, wo das Verlangen nach Rückgewähr nicht auf spätere Verluste, sondern andere Gründe gestützt ist, und duldet keine analoge Anwendung.

Literatur: Linsmeyer, DJZ. **03** 474: Die Haftung des Kommanditisten.

**§§ 171, 172.** 1. Linsmeyer a. a. O.: Die Haftung des Kommanditisten ist keine ausschließliche Summenhaftung. — Wer den Kommanditisten schlechthin auf Zahlung einer Gesellschaftsschuld verklagt, ist in die Prozeßkosten zu verurteilen, wenn der Kommanditist die Einlage zur Verfügung stellt und die Zahlungspflicht bestreitet.

Die Arbeitskraft, die Überlassung einer Kundschaft, Eröffnung eines Warenkredits, die Offenbarung eines Geschäftsgeheimnisses sind nicht Einlage.

2. Furrer a. a. O.: Die Haftung des Kommanditisten unterscheidet sich von derjenigen des offenen Handelsgesellschafters nicht qualitativ, sondern nur durch die summenmäßige Beschränkung (119, s. auch oben zu § 128).

In dem Maße, als der Kommanditist die Tilgungsmittel der Gesellschaft mehrt, sei es unmittelbar durch Einschießung, sei es mittelbar dadurch, daß er die Gesellschaft von Schulden befreit, wird der beschränkte Umfang seiner Haftung ausgefüllt und die Haftung gehemmt (202 ff.).

Einschießung mit dieser Wirkung ist nicht nur die in der Form des Gesellschaftsbeitrags erfolgte Einlage (227 ff.).

Durch Tilgung von Gesellschaftsschulden bewirkt der Kommanditist Hemmung seiner Haftung nicht in der Höhe der „Beiträge, welche aus dem Vermögen des Kommanditisten zur Zahlung von Gesellschaftsschulden verwandt sind (gegen Schwalb, Goldschmidts Z. **34** 403), sondern im Umfange der vom Kommanditisten der Gesellschaft abgenommenen Schulden (214).

3. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **02** 239: Wenn der Kommanditist eine Gesellschaftsschuld in Höhe der Einlage bezahlt, kann diese Zahlung als Erfüllung der Einlagepflicht behandelt werden.

4. Abs. 2. a) **RG. 46** 352, JW. **00** 414, R. **00** 377, Holdheims MSchr. **9** 23: Im Konkurs ist nur der Konkursverwalter zur Einklagung der rückständigen Einlagen legitimiert. Auch für seine Klage ist der Gerichtsstand des Erfüllungsorts am Sitze der Gesellschaft begründet, denn er realisiert ein Vermögensrecht der Gläubiger, das aus dem Vertragsverhältnisse des Kommanditisten zur Gesellschaft erwächst.

b) **RG. 51** 36, Holdheims MSchr. **11** 126, Bauers Z. **9** 213, **10** 162, JW. **02** 187: Wenn Abs. 2 des § 171 das nach Abs. 1 den Gläubigern zustehende Recht auf Zahlung der Einlage der Kommanditisten für die Dauer des Konkursverfahrens dem Konkursverwalter zur Ausübung überträgt, so darf dieser auch die rückständigen Einlagen der Kommanditisten einfordern. Letzteres hat jedoch nur so weit zu geschehen, als es für den Zweck des Konkurses, die Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, während eine darüber hinausgehende Ansammlung von Kapital für die Gläubiger ohne Interesse sein und deshalb nicht mehr zu dem Bereiche der Aufgabe gehören würde, die dem Konkursverwalter im § 171 Abs. 2 a. a. O. zugewiesen ist. — Die Kommanditisten können der Klage des Konkursverwalters nicht die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags

entgegenhalten, wenn der Vertrag eingetragen ist. Das Recht des Verwalters richtet sich nicht nach dem Rechte des persönlich haftenden Gesellschafters, sondern nach dem der Gläubiger, und für dieses ist nicht der Vertrag, sondern die Eintragung ins Register maßgebend.

c) **RG. 51** 36 usw. (s. vorstehend): Die Feststellung einer Forderung gegen die Gesellschaft im Prüfungstermin entscheidet nicht darüber, ob die noch rückständigen Einlagen des Kommanditisten zur Deckung der Gesellschaftsschulden erforderlich sind, wenn er kein Widerspruchsrecht hat.

**§ 174.** Denzler, Filiale 186 f.: § 174 scheint die Anwendung des § 15 Abs. 3 auszuschließen. Indessen liegt hier bloß eine eigentümliche Verschmelzung zweier Funktionen der Eintragung vor. Nach § 174 wird die Herabsetzung der Einlage eines Kommanditisten — unter den Gesellschaftern durch Vereinbarung wirksam — gegenüber dem zukünftigen Gläubiger erst rechtsbeständig durch die Eintragung in das Register der Hauptniederlassung, ohne daß sie vorher dem Dritten, selbst wenn sie ihm bekannt war, entgegengehalten werden könnte. Mit der Eintragung ins Register der Hauptniederlassung tritt die Verminderung der Haftung rechtswirksam in Kraft. Dann aber greift § 15 auch bezüglich seines Absatzes 3 durch, d. h. dem mit der Zweigniederlassung verkehrenden Dritten kann die Verminderung der Kommanditeinlage erst dann entgegengehalten werden, wenn die Bekanntmachung der Herabsetzung auch beim Register der Filiale, mit der er verkehrte, erfolgt ist.

**§ 176.** 1. Bauers Z. 9 43 (KG.): Nach der Geschichte des Paragraphen kann es nicht zweifelhaft sein, daß das neue HGB. unter dem Bekanntsein der „Eigenschaft als Kommanditisten" dasselbe versteht, was das alte HGB. mit dem Bekanntsein „der beschränkten Beteiligung des Gesellschafters" meint.

2. **RG.** Holdheims MSchr. **11** 127, Bauers Z. **9** 261: Der Kommanditist haftet aus § 176 auch für Schulden, die der Gesellschaft aus der Übernahme eines Geschäfts mit Aktiven und Passiven und daraus erwachsen, daß sie in die noch unerledigten Abschlüsse des früheren Geschäftsinhabers eingetreten ist.

Literatur: Bauers Z. **9** 114: Die Aufkündigung der Kommandit- und stillen Gesellschaft. — Das. 8 115: Die Auflösung der Kommandit- und stillen Gesellschaft wegen strafbarer Handlungen des Geschäftsinhabers. [Fünf Beispiele aus der Praxis.]

**§ 177.** Vgl. oben zu § 723 BGB., § 131 HGB., auch § 139 Nr. 4.

## Dritter Abschnitt.
## Die Aktiengesellschaft.

Vorbemerkung: Die umfangreiche Literatur und Rechtsprechung der letzten Jahre auf dem Gebiete des Aktienrechts ist teils durch die Neuordnung des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechtes gezeitigt worden, teils durch die zahlreichen Zusammenbrüche großer Aktiengesellschaften, welche die letzte wirtschaftliche Krise mit sich gebracht hat.

Hervorzuheben sind die Erörterungen über die Bedeutung der Vorschriften des BGB., insbesondere derjenigen über die Vereine für die Aktiengesellschaften, weiter die Bemerkungen zu den §§ 237, 245. Während in der ersten Frage die herrschende Meinung sich für die Anwendbarkeit der Vorschriften entschieden hat, läßt sich hinsichtlich der unglücklich gefaßten §§ 237, 245 eine herrschende Ansicht noch nicht feststellen. Die Vorschriften, insbesondere über die Berechnung der Tantième, setzen große Kenntnis der Einzelheiten des Geschäftslebens voraus, und haben trotz allem, was bisher darüber geschrieben, eine nach allen Seiten erschöpfende Darstellung noch nicht gefunden.

An die Zusammenbrüche, insbesondere den Leipziger Bankkrach, haben sich die interessanten Erörterungen über die Natur der Regreßansprüche, des Reservefonds, im letzten Ende der Aktiengesellschaft selbst angeschlossen, welche vor § 210 mitgeteilt sind.

Auch die strafrechtlichen Bestimmungen haben anläßlich der leider zahlreichen Fälle, in welchen sie zur Anwendung kommen mußten, eine wissenschaftliche Bearbeitung erfahren.

Eine Monographie über das Aktienrecht im ganzen ist in der Berichtsperiode nicht erschienen. Dagegen hat das Bilanzrecht eine dem rühmlichst bekannten Buche Simons ebenbürtige Bearbeitung durch Rehm erhalten, die Ergebnisse der Werke von Simon und Rehm haben in dem Rahmen des Jahrbuchs nicht gebührend berücksichtigt werden können; für den nächsten Jahrgang ist eine eingehendere Mitteilung aus ihnen in Aussicht genommen.

Literatur: Neben den bekannten Kommentaren zum HGB.: Pinner, Das deutsche Aktiengesetz, Kommentar 1899. — Esser, R. u. F., Aktiengesellschaft (2), Kommentar 1899. — Simon-Keyßner, Kommentar 1899. — Bauer, Das Aktiengesetz in der Fassung des neuen HGB. 1899. — Alexander Katz-Dyhrenfurth, Die Aktiengesellschaft unter dem neuen Aktiengesetze. Kommentar 1899. — Wittenberg, Wegweiser durch das Aktienrecht nach dem Wortlaute der seit dem 1. 1. 1900 gültigen Reichsgesetze. — Meyer, Das Aktienrecht (3), 1900, Textausgabe. — Hugo u. L. Keyßner, Aktiengesellschaft und KG. auf Aktien 1900, Kommentierte Textausgabe. — Dohm, Beiträge zum Aktienwesen, 1901. — Methner, Aktionär, Aufsichtsrat und Vorstand, ihre Rechte und Pflichten bei Aktiengesellschaften und Aktien-Kommanditgesellschaften. Leipzig, Huberti.
Rießer, Die Neuerungen im Aktienrechte, 1899. — Riesenfeld, Der Einfluß des neuen Aktienrechts auf die Statuten der bestehenden Gesellschaften, 1899. — Esser, Die Neugestaltung der Aktiengesellschaft, 1898.
Reformvorschläge: Fuld, Die Revision der Aktiengesetzgebung ZAktWes. **13** 1. — Gmünd und Knödgen, Wie kann unser Aktienwesen gesunden? 1902. — Hecht, Mißstände im Wesen der Aktiengesellschaften. ZAktWes. **13** 217 ff., Holdheims MSchr. **12** 269. Fuld, Kartelle und Aktiengesellschaften. ZAktWes. **10** 59 ff. — Derselbe, Die Aktiengesellschaft als Syndikatsform. ZAktWes. **11** 60 ff.

## Allgemeine Bemerkungen.

Literatur: Biberfeld, Der Einfluß des BGB. auf das Aktienrecht, ZAktWes. **12** 77, 126 f. — Gierke, ABürgR. **19** 131. — Pinner, Goldschmidts Z. **50** 100 ff. — Rießer, DJZ. **00** 132, ZAktWes. **10** 68 ff. — Reichau, Die KG. auf Aktien und der rechtsfähige Verein 55 ff. Berlin 1903. — Staub, BankA. **1** 61 f. — Simon, Goldschmidts Z. **49** 1 ff. — Vorübergehend auch Bernau, Iherings J. **44** 237 Anm. 2.

1. Anwendung der Vorschriften des BGB. auf die Aktiengesellschaft.*)

a) Bejahend:

α. Gierke a. a. O.: Die AG. ist ein Verein, dem durch Reichsgesetz Rechtsfähigkeit zugeschrieben wird, sie ist juristische Person und untersteht subsidiär den Vorschriften des BGB. über rechtsfähige Vereine. Anwendung finden die §§ 28, 31, 35, 43 BGB. (durch deren letzten, Art. 4 des preuß. AG.z.HGB. ziemlich überflüssig wird).

β. Simon a. a. O. ist für entsprechende Anwendung der Vorschriften über Vereine. Die Anwendbarkeit folgt daraus, daß in § 22 BGB. auf die durch besondere reichsgesetzliche Vorschriften geregelten Vereine verwiesen ist, zu denen auch die AG. gehören (5), sowie daß im § 62 HGB. die AG. unter dem Begriffe „Verein“ mit verstanden, also auch vom HGB. als dessen Unterart angesehen wird (6). Sonach sind die Vereinsvorschriften mit Ausnahme der Bestimmungen über die Rechtsfähigkeit subsidiär anzuwenden. Maßgebend für die AG. sind a) die zwingenden Vorschriften des HGB., b) die zwingenden Vorschriften des BGB., c) das Statut, dann die nachgiebigen Vorschriften d) des HGB. und e) des BGB., in der angegebenen Reihenfolge. Anwendbar sind im einzelnen die §§ 21, 26, 28, 29, 31, 35, 43 BGB.

An weiteren Vorschriften des BGB. kommen für die AG. in Betracht:

*) Aktiengesellschaft wird mit AG., Kommanditgesellschaft auf Aktien mit KAG. abgekürzt werden.

αα. §§ 164 ff. für den Vorstand als Vertreter.

ββ. Die allgemeinen, auf juristische Personen bezüglichen Vorschriften des Gesetzbuchs: §§ 1061, 1090, — 2101, 2109, 2162 f.

γγ. Die durch Art. 86 EG. z. BGB. den Landesgesetzen vorbehaltenen Beschränkungen der Erwerbsfähigkeit der juristischen Personen (20).

δδ. Die Vorschriften über Inhaberpapiere gelten für die Inhaberaktien, so §§ 935, 1006 f., — 366 f. HGB. — §§ 1081 ff., 1293 — 1362 — 1381 — 1646 — 1392 f., 1814 f., 1820, 1853, 2116 f. — auch die §§ 793 ff. (31 ff.).

εε. Für die Orderaktien: §§ 1081 ff., 1362, 1381 f., 1392, 1646, 1814, 1853, 2116.

γ. Biberfeld a. a. O.: Auf das Aktienrecht finden Anwendung die zwingenden Vorschriften des HGB., die Vorschriften des Statuts, die nicht zwingenden Bestimmungen des HGB., das BGB., in der angegebenen Reihenfolge (78). Die AG.en sind als Vereine im Sinne des BGB. anzusehen und unterliegen den Vorschriften für diese subsidiär.

δ. OLG. **4** 256 (KG.), BankA. **1** 62: Das BGB. ist subsidiär anwendbar auf die AG.en und zwar sind die subsidiär anzuwendenden Rechtsregeln dem Rechte der rechtsfähigen Vereine zu entnehmen; dies wird insbesondere mit Bezug auf § 29 BGB. ausgeführt.

ε. **RG.** DJZ. **03** 223, JW. **03** Beil. 39, BankA. **2** 143, R. **03** 235: Eine AG. ist als „Verein" gemäß § 31 BGB. für unerlaubte Handlungen oder Unterlassungen ihres Vorstandes, insbesondere für eine mißbräuchliche Verwendung der Gesellschaftsfirma durch Dritte, haftbar. Ebenso **RG.** JW. **03** Beil. 92, R. **03** 428.

b) Verneinend:

α. Goldmann-Lilienthal, Kommentar zum BGB. I 52: Soweit reichsgesetzliche Vorschriften über ein vereinsrechtliches Institut den Charakter einer Kodifikation haben, soweit sie also den dies Institut betreffenden Rechtsstoff ausschließlich regeln (wie bei der AG.) kommen die allgemeinen Vorschriften des BGB. nicht zur Anwendung. Dagegen Staub (s. unten). Dernburg, BürgR. I § 82 Nr. 4: Die Bestimmungen des BGB. sind, wie aus ihrer Entwickelungsgeschichte und ihrem Aufbaue hervorgeht, für die handelsgesellschaftlichen Körperschaften nicht bestimmt.

β. Bernau a. a. O. nimmt an, daß das Recht der AG., soweit es sich um die ihre Körperschaftsnatur betreffenden Vorschriften handelt, im HGB. erschöpfend geregelt, nach Art. 2 EG. z. HGB. die Anwendung des bürgerlichen Rechtes somit ausgeschlossen ist.

Für diese Ansicht sprächen die gesetzgeberischen Vorarbeiten und die zum Teil wörtliche Wiederholung von Vorschriften des BGB. (z. B. §§ 26, 27), die sonst überflüssig wäre.

γ. Pinner a. a. O.: Die Vorschriften des BGB. über Vereine finden auf die AG en keine Anwendung. Auf HGB. § 6² und § 22 BGB. kann man sich nicht berufen, da deren Entstehungsgeschichte die Schlüsse nicht rechtfertigt (101 f.). Im übrigen ist für das BGB. nur insoweit Raum, als das HGB. eine Materie nicht regelt. Da das HGB. die AG. als solche geordnet hat, ist seine Heranziehung ausgeschlossen (107). Auch das preußische AG. steht auf diesem Standpunkte, da sein Art. 4 sonst, weil inhaltlich mit § 43 BGB. im wesentlichen übereinstimmend, überflüssig wäre (109).

δ. Gegen diese Begründung Staub, BankA. **1** 62, weil auch Kaufmann, Prokura, Firma, Handelsbücher, Kontokurrent, Kommissionen usw., „einheitlich geregelte handelsrechtliche Institute" seien und die Pinnersche Ansicht dahin führen würde, auch hier die subsidiäre Anwendung des BGB. auszuschließen.

c) Vermittelnd:

Reichau a. a. O.: Die Vorschriften des BGB. über Vereine kommen grundsätzlich auf AG. und KAG. nicht zur Anwendung (62). Die entgegengesetzte Auffassung kann sich nicht stützen auf § 6² HGB., wie dessen Entstehungsgeschichte beweist (58), oder die Überschrift des Tit. 2 des 1. Buches BGB. „juristische Personen", denn diese besagt nicht, daß der Titel allgemeingültige Vorschriften für alle juristischen Personen geben will (59), noch auf § 22 BGB., den man nicht dahin auslegen darf, daß die in ihm statuierte Ausnahme sich nur auf die Erlangung der Rechtsfähigkeit bezieht, die Vorschriften des BGB. im übrigen also auch für die in ihm erwähnten juristischen Personen Geltung hätten (60 ff.). Gegen die allgemeine Anwendbarkeit spricht, daß im § 178 anders wie im § 105 auf das BGB. nicht Bezug genommen ist (62).

Die Anwendbarkeit der Vereinsvorschriften des BGB. ist ausgeschlossen, wo es sich um Verhältnisse handelt, deren Regelung sich aus der charakteristischen Behandlung ergibt, die das HGB. den als einheitlichen Instituten anzusehenden AG.en und KAG.en hat zu teil werden lassen; die Bestimmungen des BGB. sind dagegen heranzuziehen, wo es sich um Rechtsbegriffe handelt, die von allgemeiner Bedeutung und daher nicht im HGB. behandelt sind (64). Dies ergibt sich aus dem Umstande, daß im § 178 anders wie im § 165 nicht auf das BGB. Bezug genommen ist, und aus der Entstehungsgeschichte der Vorschriften über die Vereine (62 ff.). Nicht anwendbar sind im einzelnen: §§ 21 (65), 24—30 (66), 32 ff. (67), 43 (68 ff.); anwendbar § 31 (67).

d) Das Verhältnis der §§ 21 f. BGB. zu dem Rechte der AGen insbesondere.

α. Rießer wendet sich a. a. O. gegen die auch von Keyßner, Goldschmidts Z. 49 309 Anm. 2 geteilte Ansicht Simons (a. a. O.), daß aus §§ 21, 22 BGB. zu folgern sei, daß wirtschaftliche Vereinigungen mit idealen Zwecken nicht mehr in der Form der AG. Rechtsfähigkeit erlangen könnten. Die Entstehungsgeschichte spricht gegen diese Auffassung, auch kommt nach EG. Art. 2 das BGB. nur zur Anwendung, soweit das HGB. nichts bestimmt (dagegen Staub, s. oben); auf dem fraglichen Gebiet ordnet es aber im § 210 generell an, daß AG.en ohne Rücksicht auf den Gegenstand ihres Unternehmens errichtet werden können.

Pinner a. a. O. fügt diesen Gründen hinzu, daß das HGB. als das jüngere Gesetz dem älteren BGB. vorgehe.

β. Gierke a. a. O.: Da die Vorschriften des BGB. nur zur Ergänzung, nicht zur Durchbrechung des Handelsrechts herangezogen werden können, darf aus § 21 BGB. nicht gefolgert werden, daß fortan eine AG. für einen anderen Zweck als den eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs nicht mehr errichtet werden kann (133). § 21 schließt nicht aus, daß auf Grund eines besonderen Reichsgesetzes ein Verein mit idealem Zwecke auf anderem, als dem vom gemeinen Rechte gebotenen Wege Rechtsfähigkeit erlangt. § 22 hat nur verdeutlichenden Sinn.

γ. Allgemeines. Zu der Frage, ob solchen Gesellschaften oder Vereinen, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist und deren Statut in allen wesentlichen Punkten dem Statut und den gesetzlichen Merkmalen einer AG. entspricht, der Bundesstaat, in dem sie ihren Sitz haben, Rechtsfähigkeit nach § 22 BGB. verleihen kann, gibt Rießer, Neuerungen 90, folgende Leitsätze:

AG.en im Sinne des HGB. können nur auf Grund der Bestimmungen des letzteren errichtet werden.

Erwerbsgesellschaften, deren Statut alle wesentlichen Merkmale der AG. enthält, sind als AG.en nach Maßgabe des Aktiengesetzes zu behandeln, können

also Rechtsfähigkeit nach § 22 BGB. nicht erlangen, auch wenn sie sich den Namen als „AG.en" nicht beilegen.

Fehlen ihrem Statute wesentliche Merkmale der AG., so erhalten sie Rechtsfähigkeit durch Verleihung, dürfen aber den Namen „AG." nicht führen. —

2. Die Rückwirkung der aktienrechtlichen Neuerungen.

a) Rießer 141 ff.: Das EG. z. HGB. ist von den nämlichen Grundsätzen ausgegangen, von welchen der Gesetzgeber der Novelle zum Aktienrechte v. 8. 7. 1884 sich hat leiten lassen. Danach will es grundsätzlich

α. Rückwirkung, insbesondere wenn es sich um Ergänzungen des bisherigen Rechtes, oder Bestimmungen im öffentlichen Interesse handelt;

β. Ausnahme von der Rückwirkung, wo durch die Anwendung der neuen Vorschriften Rechtsverhältnisse, die auf vertragsmäßiger Grundlage beruhen, verletzt würden;

γ. keine Eingriffe in die Organisation bestehender Gesellschaften, etwa solcher, die einen Aufsichtsrat nicht haben (153 f.).

b) Für allgemeine Rückwirkung auch Riesenfeld 8.

## Erster Titel.

## Allgemeine Vorschriften.

Literatur: Colenbrander, Über das erste Auftreten des Wortes „Aktie" in den Niederlanden, Goldschmidts Z. **50** 383.

**§ 178.** Colenbrander weist nach, daß das Wort „Aktie" in seiner heutigen Bedeutung zuerst in einer Resolution vom 28. August 1606 vorkommt, und alsbald die bis dahin gebräuchliche entsprechende Bezeichnung „paert", „partije" verdrängt hat.

Literatur: Kusenberg, Die Rechtseigenart der Aktienurkunde. Straßburg 1900.

**§ 179.** 1. Die Aktie. Kusenberg bezeichnet die Aktienurkunde als diejenige Urkunde, in welcher die Summe der aus der Mitgliedschaft sich ergebenden Rechte (Liquidationsquote, Dividende und Mitverwaltungsrecht) sich verkörpert (14).

Nach ihm ist auch die Ausstellung einer Urkunde über mehrere Aktienanteile zulässig (17).

Für das Mitberechtigungsverhältnis mehrerer Personen an einer Aktie können sowohl die Vorschriften des BGB. über die Gemeinschaft (§§ 749 ff.), wie diejenigen über die Gesellschaft (§§ 705 ff.) maßgebend sein, was sich je nach dem unter den Beteiligten bestehenden Verhältnis entscheidet (29).

2. Teilbarkeit der Aktien. a) Staub Anm. 1: Die Aktien können weder von dem Aktionär, worüber Einverständnis herrscht (in seinem Verhältnisse zur Gesellschaft), noch von der AG. zerlegt werden.

b) In letzterer Beziehung a. A. Makower 357, der die AG. für befugt hält, im Wege der Statutenänderung nachträglich den Nominalbetrag der Aktien zu ändern, also auch zu teilen; ebenso Lehmann-Ring Nr. 2, Pinner Nr. 7 f, Goldmann Nr. 8.

c) Dem zu b Zitierten zustimmend:

α. OLG. **4** 253 (Hamburg), Holdheims MSchr. **11** 111, HansGerZ. **03** Hauptbl. 2 f., Bauers Z. **9** 177; letzteres unter Berufung auf die Geschichte des Gesetzes.

β. **RG.** R. **03** 161, Bauers Z. **10** 110, ZAktWes. **13** 13, HansGerZ. **03** Hauptbl. 3, R. **03** 161 (in Bestätigung entsprechender Ausführungen des vorstehend zitierten Urteils des OLG. Hamburg):

In der Herabsetzung des Grundkapitals und in der gleichzeitigen Erhöhung desselben um einen der Herabsetzung gleichkommenden Betrag durch Ausgabe neuer Aktien liegt keine Teilung der Aktien.

3. Interimsscheine. RG. **49** 24 f., JW. **01** 657, Bauers Z. **9** 10, 177. Interimsscheine müssen das Anteilsrecht des Aktionärs beurkunden; bloße Quittungen über geleistete Einzahlungen sind keine Interimsscheine. —

Literatur: Mayer, Genußschein und Amortisationsfonds, Holdheims MSchr. **9** 53 ff. (handelt insbesondere über die rechtliche Ausgestaltung der Genußscheine in § 33 der österreichischen Ministerialverordnung betr. das Regulativ für industrielle AG en). — Simon, Holdheims MSchr. **11** 97 ff. — Bondi, Genußschein, Inhalt der Ansprüche auf anteiligen Reingewinn bei Erhöhung des Grundkapitals, Holdheims MSchr. **12** 105, 259 (Abdruck der zu b β mitgeteilten Entscheidung des RG.). — Fuld, Genußschein und Stimmrecht, ZAktWes. **12** 216 ff.; Genußscheine im Konkurs einer AG., ZAktWes **13** 113 ff.; Die buchhaltungstechnische Behandlung der Genußscheine, ZAktWes. **13** 190.

4. Genußscheine.

a) Arten der Genußscheine.

α. Fuld a. a. O.: Der Genußschein kann ein Anteilsrecht (a. A. Staub Anm. 4), oder lediglich ein Gläubigerrecht beurkunden; welche Art vorliegt, ist von Fall zu Fall zu ermitteln, wobei eine praesumtio facti für die zweite Art spricht. Genußscheine, die ein Anteilsrecht beurkunden (insbes. also solche, die für ausgeloste Aktien ausgegeben werden), haben Stimmrecht, die anderen nicht.

β. ZAktWes. **13** 113 ff.: Die Stellung der Inhaber von Genußscheinen ist je nach der Art des Scheines verschieden; sie stehen bald den Gläubigern, bald den Aktionären gleich. Die Zusicherung eines Gewinnanteils und eines Anteils am Liquidationsergebnisse kann sowohl bei einem Genußscheine vorkommen, der Zubehör eines Aktienrechts ist, wie bei einem solchen, der die Verbriefung reiner Gläubigerrechte enthält. Doch finden sich auch Genußscheine, welche sich als Kombinationen der genannten Arten darstellen.

γ. Über die Natur der Genußscheine s. auch OVG., ZAktWes. **12** 264 ff.

b) Genußscheine als Forderungen gegen die AG.

α. Simon a. a. O. und ihm folgend OLG. Dresden, Holdheims MSchr. **10** 97, ZAktWes. **11** 113, Bauers Z. **8** 246, SächsA. **12** 233: Genußscheine, die einem Gläubiger der AG. kraft einer bei einer Darlehnsaufnahme getroffenen Vereinbarung als Sondervergütung für sein Darlehen gegeben werden und einen bestimmten Anteil am Reingewinn und eventuell an der Liquidationsmasse gewähren, sind Forderungen gegen die Gesellschaft. Sie dürfen nach Einlösung nicht als Aktivum in die Bilanz eingestellt werden, da sie der Gesellschaft kein neues wirtschaftliches Gut zuführen, sondern sie nur von Verbindlichkeiten befreien; ebensowenig wie sie vorher als Passivum zu führen waren. Dies gilt auch dann, wenn der Dividendenbezug der Aktionäre durch die Einlösung wächst.

β. RG., Holdheims MSchr. **11** 259 bemerkt hierzu: Durch die Ausgabe derartiger Genußscheine verpflichtet sich die AG., Gewinn für die Aktionäre und die Genußscheininhaber herauszuwirtschaften. Die letzteren haben keinen Anspruch auf eine besondere Gestattung der Bilanz, wie das OLG. Dresden ausführt, sie brauchen es sich aber andererseits nicht gefallen zu lassen, daß die AG. ihre Mittel zu Geschäften verwendet, die lediglich im Interesse der Aktionäre mit Ausschluß der Genußscheininhaber liegen; was der Fall ist, wenn sie Aktiva und Gewinnüberschüsse zur Genußscheineinlösung verwendet.

γ. In gleichem Sinne haben sich ausgesprochen die Urteile des OLG. Dresden, Holdheims MSchr. **11** 105 ff., sowie das. **11** 108, SächsOLG. **24** 101.

δ. **RG. 49** 10, JW. **01** 576, Holdheims MSchr. **10** 227, BankA. **1** 50 f., R. **01** 496, Bauers Z. **6** 203: Genußscheine der sub. α, β gekennzeichneten Art können durch Beschlüsse der Generalversammlung nicht einseitig geändert werden.

Literatur: Rosendorff, Kann die Eintragung einer AG., deren Aktien in ausländischer Währung ausgestellt sind, verweigert werden? DJZ. **01** 411. — Ders, Deutsche Aktien in ausländischer Währung, BankA. **1** 145. — Zitelmann, Deutsche Aktien, die auf ausländische Währung lauten, DJZ. **02** 75. — Währungsfragen im Aktienrechte, ZAktWes. **11** 176. — Deutsche Aktien in ausländischer Währung, ZAktWes. **12** 135.

**§ 180.** 1. Können Aktien auf ausländische Währung lauten? Diese Frage wird bejaht von Rosendorff a. a. O., ZAktWes. **11, 12** a. a. O., Simon, Bilanzen (2) 202, verneint von Zitelmann a. a. O., Staub Anm. 15, Lehmann, Lehrbuch I 162.

a) Zitelmann sieht den Zweck des § 180 darin, den Nennwert der deutschen Aktien nach unten abzugrenzen. Aus diesem Zwecke folgt die Unzulässigkeit von Aktien in ausländischer Währung, weil diese keinen Nenn-, sondern nur einen Kurswert haben. Die Absicht des Gesetzgebers ist auch auf eine Festlegung der Währung gerichtet gewesen, da die Entwertung fremder Währung unabsehbare Folgen haben kann.

b) Rosendorff macht geltend, daß die dem § 180 entsprechenden Artt. 203a, 173a keine Währungsvorschrift geben, sondern nur durch Festsetzung einer Mindestgrenze die Beteiligung der kleinen Leute an den AG.en fernhalten wollten (DJZ.). Dafür, daß an keine Währungsvorschrift gedacht ist, spricht auch, daß § 40, der die Bilanzaufstellung in Reichswährung fordert, allgemein dahin ausgelegt wird, daß die Bilanz in der maßgebenden Währung des Landes aufzustellen sei, in welchem sich die Handelsniederlassung befindet (Bankarchiv). § 180 spricht von „Betrag", nicht von Nennwert. Die Entwertungsbefürchtungen treffen für Goldwährungsländer nicht zu, werden im übrigen auch durch die amtlichen Reduktionsnormen vom 1. Januar 1899 abgeschwächt. Der Registerrichter hat zu beachten, ob der Wert der einzelnen Aktie auf Grundlage des Kurses der fremden Währung 1000 Mark erreicht.

2. Kann das Grundkapital auf fremde Währung lauten?

a) ZAktWes. **12** 135 bejaht die Frage, weil eine entgegengesetzte Vorschrift fehlt. § 180 läßt sich nicht für das Gegenteil verwerten. §§ 219, 314 bedrohen nur die Ausgabe von Aktien auf einen geringeren als den nach § 180 zulässigen Betrag, ohne an die Währung zu denken. Auch widerspricht die in der Geschichte des Gesetzes zu ermittelnde ratio legis gegen die Verwertung.

b) Lehmann, Lehrbuch (1898) I 162 für Verneinung: Eine ausdrückliche Vorschrift fehlt; doch ist dies aus den legislativen Gründen, von denen die Normen über das Grundkapital beherrscht sind, aus § 180 Abs. 1 (verb. „Wert") und den Bestimmungen über die Bilanzierung zu folgern.

**§ 181.** Literatur: Engel, Holdheims MSchr. **11** 133. — Wittkowsky, daselbst 233. — Jahrmarkt, ZAktWes. **13** 34 ff: Schutz gegen mißbräuchliche Ausstellung von Aktienurkunden. ➠ Alle drei de lege ferenda. ➠

Literatur: Biberfeld, Zur Auslegung des Gründervertrags, ZAktWes. **11** 229. — Glücksmann, Die Verlegung des Sitzes einer AG., Holdheims MSchr. **10** 157 ff. — Levis, Firma und Firmenänderung bei AG.en, DJZ. **01** 137.

**§ 182.** 1. Juristische Natur des Grundvertrags.

**RG.** JW. **01** 142, Bauers Z. 8 151, ZAktWes. **11** 229: Der Grundvertrag ist kein gegenseitiger Leistungsvertrag, sondern „ein von den Gründern vereinbartes Grundgesetz, nach dem die Gesellschaft bestehen soll. **RG. 31** 17, **45** 99.

Aber die AG. tritt, sobald sie als errichtet gilt, mit diesem Grundgesetz

ins Leben, also wenn und soweit der Vertrag Festsetzungen über das Einbringen eines Gründers enthält, mit dem Rechte auf die eingebrachten Sachen und mit der Verpflichtung, die festgesetzte Gegenleistung zu gewähren. Erklärungen, die nicht in dem Gesellschaftsvertrag aufgenommen sind, aber bei der Gründung abgegeben sind und eine Rechtseinräumung an die AG. zum Inhalte haben, können Berücksichtigung finden.

2. Abs. 2. a) Firma:

Opet, Goldschmidts Z. **49** 95: Die Firma kann einen oder mehrere beliebige Personennamen mit oder ohne Andeutung eines Gesellschaftsverhältnisses, die Angabe des Gegenstandes des Unternehmens, eine willkürlich gewählte Phantasiebezeichnung oder auch eine Verbindung dieser Möglichkeiten enthalten; in jedem Falle ist sie mit der voll auszuschreibenden Formalbezeichnung: „Aktiengesellschaft" zu verbinden (95, 96). Zusätze sind in beliebiger Art zulässig (96, 93, 83). Verboten sind positiv unwahre Zusätze und solche, die geeignet sind, eine Täuschung herbeizuführen (84).

b) Sitz:

α. Bondi, DJZ. **03** 397: Der Ort des Sitzes der AG. braucht mit dem Betriebsort und mit dem Sitze der tatsächlichen Verwaltung keineswegs identisch zu sein.

β. Glücksmann: Zur Verlegung des Sitzes der AG. bedarf es einer Änderung des Gesellschaftsvertrags. Die Verlegung ist der Gesellschaftsauflösung nicht gleich zu achten und wird wirksam durch die Eintragung in das Handelsregister der ursprünglichen Niederlassung (277). Mit diesem Zeitpunkte wird das Registergericht des neuen Sitzes für die dem Registergericht übertragenen Funktionen zuständig. Es hat für die Neueintragung zu sorgen. Auf diese findet § 195 nicht wörtliche, sondern nur entsprechende Anwendung; die Abs. 2, 3 sind nicht zu befolgen. Für die Publikation ist mangels einer besonderen Vorschrift § 10², nicht § 199, der sich eng an § 195 anschließt, maßgebend. Auch vor der Eintragung kann das neue Gericht registerrichterliche Funktionen ausüben.

γ. Denzler, Filiale 289: Die AG. kann begrifflich nur eine Hauptniederlassung haben.

δ. Ebenso KGJ **20** A 36 (KG.), R. **00** 377, ZAktWes. **11** 43, Goldschmidts Z. **51** 231 (s. a. 2 zu § 210): Durch eine fernere selbständige Hauptniederlassung würde ein weiterer Sitz der Gesellschaft geschaffen werden, was nicht zulässig ist.

c) Gegenstand.

Goldschmit, Holdheims MSchr. **9** 183: Es genügt allgemeine Angabe des Gegenstandes des Unternehmens, wie: Betrieb von Handelsgeschäften oder ähnliches. Vgl. auch zu § 275.

d) Zweck.

**RG.** JW. **01** 754, SächsA. **11** 715: Der Zweck der AG. kann immer nur ein solcher sein, der durch Vermögen oder vermögensrechtliche Leistungen erreicht werden kann. Denn nach dem Begriffe der AG., wie das Gesetz sie gestaltet hat, erschöpft sich die Verpflichtung des Aktionärs in vermögensrechtlichen Leistungen. Die Person des Aktionärs, seine persönlichen Leistungen, seine persönliche Qualifikation tritt ganz zurück. Auf die Vereinigung von Personen zu gemeinsamer Tätigkeit für einen bestimmten individuellen, nur von bestimmten Einzelpersonen zu erreichenden oder nur solchen dienenden Zweck ist die AG. vom Gesetze nicht angelegt. Vgl. dieselbe Entscheidung zu § 212.

e) Zu Ziff. 4 vgl. Nr. 2 zu § 231.

f) Über die AG. als Inhaberin eines anderen Geschäfts mit anderer Firma, vgl. Nr. 2 zu § 210.

**§ 183.** Rießer 95: Aus Abs. 2 (verb. „im Gesellschaftsvertrage") darf nicht geschlossen werden, daß eine Ausgabe über pari bei Erhöhung des Grundkapitals u. a. nur dann zulässig sein soll, wenn sie im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage vorgesehen ist. Das Gesetz setzt im allgemeinen den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag dem durch die Generalversammlung abgeänderten gleich. A. A. Riesenfeld 94.

**§ 185.** Vgl. zu § 211 insbes. Nr. 1. —

Literatur: Keyßner, Zu § 186 HGB., DJZ. **00** 355. — Zu Abs. 3: Bauers Z. 8 245, **10** 253: Was ist unter dem Begriffe Gründungskosten zu verstehen? — Rehm, Einlage von Sachgesamtheiten bei AG.en und G. m. b. H., ABürgR. **22** 119 (auch Bauers Z. **10** 197).

**§ 186.** 1. Sacheinlagen. Allgemeines.

Rehm, Festsetzungen im Gesellschaftsvertrage dahingehend, daß der Sacheinleger soviel Aktien erhalten soll, als dem Werte der von ihm einzubringenden Sachgesamtheit (Fabrik oder ähnliches) bei ihrer Inventarisierung zur Zeit der Übergabe entspricht, sind unwirksam (141), da die ihm zu gewährende Zahl von Aktien gemäß §§ 186, 279 in dem Gesellschaftsvertrag oder Erhöhungsbeschluß genau bestimmt werden muß. Verändert sich, wie regelmäßig, der Wert der Einlage zwischen der Festsetzung des Gesellschaftsvertrags und der Übergabe, oder ist der Wert, vorbehaltlich genauerer Ermittelung, nur schätzungsweise angegeben, so ist die Differenz durch Barzahlung auszugleichen (122), und zwar auch dann, wenn eine Vereinbarung dieses Inhalts nicht getroffen ist. Der Parteiwille ist dahin auszulegen, daß der Wert des Einlegegegenstandes und des dafür gewährten Aktienbetrags, bzw. Geschäftsanteils, sich die Wage halten soll (125).

Der Ausgleich in bar verwandelt die Sacheinlage nicht in eine nur teilweise Bareinlage (126), so daß der Gesellschaftsvertrag abgeändert werden müßte (126); er ist vielmehr Leistung an Erfüllungsstatt, gilt also als Sacheinlage, stellt auch keine, nach § 195 bei der Eintragung ins Handelsregister zu kontrollierende Einzahlung auf das Grund- oder Stammkapital dar (135). Die Angaben über die Sacheinlagen und die Barausgleichungen fallen nicht unter die Strafandrohungen in Ziff. 1 und 3 Abs. 1 § 313 (317 f.).

2. Die Bestimmungen über die Sacheinlagen bei Statutenänderungen.

a) Keyßner a. a. O.: Auch bei Neugestaltung des Gesellschaftsvertrags sind die Gründungsvorgänge aufzunehmen. Was durch Gesetzeszwang in dem Gesellschaftsvertrage beurkundet werden mußte, darf auch nur nach Gesetzeswort aus dieser Beurkundung beseitigt werden. Wäre eine Ausscheidung im Wege der Umarbeitung des Grundvertrags statthaft, so müßte sie dies in jedem Zeitpunkte nach der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister sein. Diese in das Belieben gestellte Ausschaltung des Zwangsinhalts des Gesellschaftsvertrags entspricht aber dem Sinne und Zwecke des Gesetzes nicht.

b) LG. Wiesbaden, Holdheims MSchr. **9** 239: Die auf § 186 bezüglichen Festsetzungen über den Gründungshergang dürfen bei einer späteren Statutenänderung nicht gestrichen werden. Dagegen ist eine Abänderung ihrer rechtlichen Folgen zulässig.

c) Gegen die Zulässigkeit der Streichung, weil die Bestimmungen der AG. ihr eigentliches Gepräge geben: OLG. **1** 204 (Dresden), KGJ. **20** D 23, RJA. **1** 60, SächsA. **11** 115, SächsOLG. **21** 325, R. **00** 331, Holdheims MSchr. **9** 281, ZAktWes. **10** 254, Gruchots Beitr. **44** 884, Goldschmidts Z. **53** 209.

d) Für die Zulässigkeit der Streichung, weil § 186 sich nur auf den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag beziehe: LG. Heidelberg, Holdheims MSchr. **9** 75.

3. Abs. 2. Übernahme.

OLG. 7 152 (KG.), BankA. 3 31, KGJ. 25 A 85, Goldschmidts Z. 54 286, ZAktWes. 13 127, Holdheims MSchr. 12 138, Bauers Z. 10 148: Der Begriff der „Übernahme" umfaßt nicht nur die nach allen Richtungen hin perfekte Übereinkunft, sondern jedes Abkommen über den Erwerb durch die AG., gleichviel ob dessen Rechtsbestand vom Eintritt einer Bedingung, Zeitbestimmung usw. abhängig ist. Es ist nicht zulässig, eine AG. einstweilen ohne Rücksicht auf die geplante Übernahme zu errichten und die Übernahme lediglich den Vorschriften über die Nachgründung zu unterwerfen. KGJ. 10 29. § 186[2] soll auch Fälle treffen, in denen das an sich bar zu zahlende Grundkapital den Abmachungen der bei der Gründung Beteiligten gemäß sofort ganz oder teilweise durch Gegenleistungen der AG. für Sachen aufgezehrt werden soll. Deshalb ist die Vorschrift auf herzustellende Anlagen usw. erstreckt. Daher liegt „Übernahme" auch vor, wenn zum Bau und Betrieb eine AG. gegründet ist, die (zufolge Abmachungen im Gründungszeitraume) die Herstellung der Bahnanlage einem anderen übertragen soll.

4. Abs. 3. Gründungskosten und -aufwand.

a) Bauers Z. 8 245: „Gründungsaufwand" sind diejenigen Ausgaben, welche der Gesellschaft dafür zugemutet werden, daß sich jemand Verdienste um das Zustandekommen der Gründung erworben hat. Die Gründungskosten, welche gesetzlich festgelegt sind und von jedem Sachkundigen berechnet werden können, haben mit dem Gründungsaufwande nichts gemein und fallen nicht unter die §§ 186, 195, 202.

b) Bauers Z. 10 253: Unter die „Gründungskosten" fallen bei einer qualifizierten Gründung auch diejenigen Kosten, welche durch die Übertragung der Sacheinlage auf die AG. erwachsen (Besitzwechselabgabe u. a.).

**§ 188.** 1. Auflassung an eine noch nicht eingetragene AG. OLG. 6 486 (Colmar), R. 03 507, BankA. 3 30, ZAktWes. 13 229, Bauers Z. 10 253, ElsLothr. 4 123: Die Auflassung eines Grundstücks an eine AG. kann schon dann erfolgen, wenn diese zwar errichtet (§ 188), aber noch nicht zur Entstehung gelangt (§ 200) ist. Die Gründer können rechtswirksam für die künftige Gesellschaft handeln; so auch die herrschende Meinung. Die entgegengesetzte Ansicht würde dazu führen, daß die Gründung der AG., so wie sie das HGB. angeordnet hat, unmöglich ist.

2. **RG.** SächsA. 10 310, JW. 00 414: Bei der Simultangründung kann die mit der Übernahme sämtlicher Aktien errichtete Gründungsgesellschaft Rechte mit der Tendenz und dem Erfolg erwerben, daß die AG. mit diesen Rechten zur Entstehung kommt. Nicht erforderlich ist, daß zunächst die Gründungsgesellschaft erwirbt und die Rechte nach Errichtung der AG. auf diese überträgt. Vgl. auch zu § 195.

Literatur: Averbeck, Wesen der Aktienzeichnung, Jena 1900. — Biberfeld, Der Erwerb von Aktien durch Zeichnung, ZAktWes. 12 126f. — Fuld, Die Anfechtung von Zeichnungen, insbesondere wegen Betrugs, ZAktWes. 11 172f. (Abdruck aus dem „Berliner Aktionär). — Herz, Zeichnung und Zuteilung, Holdheims MSchr. 12 33. — Lehmann, Anfechtung von Zeichnungen wegen Betrugs bei Kapitalserhöhungen, R. 01 460; ders., Anspruch des Aktionärs der AG., der durch Betrug verleitet ist, beizutreten, Holdheims MSchr. 12 195. — Staub, Anfechtung der zum Zwecke der Kapitalserhöhung erfolgten Zeichnungen wegen Betrugs, Holdheims MSchr. 10 133; Unwiderruflichkeit der Aktienzeichnung, ZAktWes. 12 153; die Rechtsverbindlichkeit von Aktienzeichnungen, ZAkt.Wes. 13 119; Anfechtung von Aktenzeichnungen, ZAktWes. 13 226. ➸ (Darstellung des geltenden Rechtes nach Lage der Rechtsprechung und Reformvorschläge). ⟵

**§ 189.** 1. Allgemeines.

a) Averbeck: Aktienzeichnung ist ein den Zeichner bindendes Gesuch um Aufnahme (Mitgliedschaft) in die werdende Körperschaft, das der Annahme durch

die Gründer bedarf; Zeichnung und Annahme sind kein zweiseitiges Rechtsgeschäft, kein Vertrag, sondern zwei — lediglich zeitlich — hintereinanderliegende einseitige Akte (27 f., 20). Die Annahme des Zeichners erfolgt — gegen Staub u. a. — durch Zulassung zur Generalversammlung des § 190 Abs. 2, der sogen. Vorgründungsgeneralversammlung (18 ff., 26 ff.), womit eine durch die Gründer einklagbare Verpflichtung auf Einzahlung der ersten 25 % der Zeichnungssumme existent wird (28 ff.).

b) Herz a. a. O.: Die Vorschriften, welche § 189 für das Zeichnungsgeschäft gibt, sind nicht auf sonstige Zeichnungen ausdehnbar.

2. Form und Inhalt der Zeichnungserklärung.

a) Form.

α. Biberfeld a. a. O. 126: Die der vorgeschriebenen Form entbehrende Erklärung, Aktien beziehen zu wollen, ist nach § 125 BGB. nichtig. Der Beteiligungslustige wird trotz Eintragung und Genehmigung nicht Aktionär. Nebenabredungen, die, soweit sie den Zeichner belasten, wirksam getroffen werden können, müssen in Schriftform gemacht werden.

β. Jastrow, Form.Buch II 357, Muster 205 zu b: Die Unterschrift unter dem Zeichnungsscheine muß eigenhändig sein. Ein Bevollmächtigter muß seinen eigenen Namen zeichnen, und zwar unter Bemerkung des Vollmachtsverhältnisses, falls dieses nicht schon aus der Urkunde hervorgeht.

b) Inhalt. LG. Weimar, CBlFrG. **1** 659: Aus dem Inhalte des Zeichnungsscheins selbst müssen die unter 1—4 des § 189 aufgestellten Erfordernisse hervorgehen. Es genügt nicht, daß in dem Zeichnungsschein auf anderweite Urkunden verwiesen wird, die die bezüglichen Angaben enthalten.

3. Die rechtliche Bedeutung der Zeichnung. Anfechtbarkeit, Einwendungen.

a) Seitens des Zeichners:

Sind die Zeichnungen bei Gründung und Kapitalserhöhung verschieden zu beurteilen? α. Staub a. a. O. will die Zeichnung bei der Gründung und der Kapitalserhöhung gleich behandeln, und führt aus: Die Zeichner von Aktien können die Verpflichtung aus der Zeichnung nicht wegen Betrugs anfechten, insbes. bei jungen Aktien nicht deshalb, weil die dem Kapitalserhöhungsbeschlusse zugrunde liegende Bilanz nebst Geschäftsbericht gefälscht ist. Sie können sich nur an die Fälscher selbst halten.

Dies folgt aus der von Wissenschaft und Praxis adoptierten allgemeinen Rechtserwägung, daß Anfechtungen solcher Erklärungen, die über den Kreis der Nächstbeteiligten hinaus Dritten das Vorhandensein des erklärten Verhältnisses kundgeben und dadurch auf deren Entschließung wirken sollen, nur in äußerst beschränkten Grenzen zulässig sind (**RG.** 9 38); die Zeichnungserklärungen schaffen die wirtschaftliche Grundlage für den Verkehr und die Geschäfte der Gesellschaft, und können daher nicht beliebige Veräußerungen aus Rechtsgründen unternehmen. Die Gesellschaft haftet auch nicht aus § 823 BGB., weil sonst ihr auf dem Umwege über § 853 BGB. das Grundkapital entzogen werden könnte.

β. Fuld a. a. O. vertritt die Ansicht, daß die Anfechtung der Zeichnung bei einer Kapitalserhöhung anders zu beurteilen ist, wie die bei der Grundkapitalszeichnung, und ist im ersten Falle mit Rücksicht darauf, daß die Zeichnung eine Willenserklärung ist, für Anfechtbarkeit.

γ. Lehmann, R. a. a. O.: Die Aktienzeichnung bei Gründung unterscheidet sich von der bei Kapitalserhöhung dadurch, daß sie den Gründern, diese der Gesellschaft gegenüber erfolgt. Während durch jene die juristische Person kreiert wird, wird hier deren Bestand nicht berührt. Wie dort die Gründer haften, muß hier die Gesellschaft für Täuschungen durch ihre Organe aufkommen.

Die Gesellschaft wird also schadensersatzpflichtig, doch ist auch § 123 BGB. anwendbar und damit die Anfechtungsklage gegeben. Die Gründungszeichner können durch die AG. nicht getäuscht werden, da die AG. noch nicht besteht; daher würde ihnen ein Anfechtungsgegner nicht gegenüberstehen. Würde durch die Kapitalserhöhung die AG. eine neue juristische Person, so lägen die Verhältnisse hier ebenso. Da sie sich aber nicht fundamental verändert, ist sie Anfechtungsgegnerin, und damit die Anfechtungsmöglichkeit gegeben.

δ. Lehmann, Holdheims MSchr. a. a. O. gegen **RG.** das. (vgl. unten b α ββ): Der Aktionär, der durch Betrug der AG. verleitet ist, bei einer Grundkapitalserhöhung Aktien zu zeichnen, kann zwar seine Zeichnung nicht anfechten, wohl aber kann er die AG. wegen deliktischer Handlungen ihres Vorstandes nach allgemeinen Grundsätzen auf Schadensersatz belangen. Es liegt kein Grund vor, in dieser Hinsicht von der Haftung der AG. für die Handlungen ihrer Organe eine Ausnahme zu machen. Die Gläubiger der AG. sind insofern gedeckt, als infolge des Ausschlusses der Aufrechnung (§ 221) der Aktionär im Konkurse der AG. den vollen Betrag der Einlage einzahlen und den Schadensersatzanspruch nur als gewöhnlicher Konkursgläubiger geltend machen könnte.

ε. Vgl. auch Sievers Note 2c zu § 210.

b) Rechtsprechung.

α. Im allgemeinen:

αα. **RG.** JW. **01** 484, ZAktWes. **11** 169, Bauers Z. **9** 44, 153, Holdheims MSchr. **10** 284f., SächsA. **12** 198, BankA. **1** 68, R. **01** 496: Die Strohmänner sind wahre Zeichner. Der Aktienzeichnung kommt eine doppelte Funktion zu, diejenige eines Beitritts zum Gesellschaftsvertrag und die einer Willenserklärung an die künftige juristische Person, sich an dem Grundkapitale derselben mit dem gezeichneten Betrage beteiligen zu wollen.

In bezug auf das Rechtsverhältnis zwischen Zeichner und AG. kann nur die in der Form des Statuts und des Zeichnungsscheins abgegebene Willenserklärung maßgebend sein, während alles, was davon abweichend gewollt und vereinbart ist, sich mit Notwendigkeit nur auf das Verhältnis zwischen den beteiligten Mitbegründern und Mitzeichnern bezieht.

Die Mentalreservation der Strohmannseigenschaft alteriert daher nicht die Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber, welche der Zeichenschein enthält, und umgekehrt kann der Strohmann Rechte aus der Zeichnung geltend machen, ohne daß ihm seine Strohmannseigenschaft entgegengehalten werden könnte.

ββ. **RG.** **54** 128, BankA. **2** 160, Bauers Z. **10** 250, DJZ. **03** 273, Goldschmidts Z. **54** 287, JW. **03** 183 (hier mit anderem Datum zitiert), Holdheims MSchr. **12** 153: Der Aktionär, der durch Vorspiegelungen zur Zeichnung von Aktien bei Gründung der AG. oder Erhöhung ihres Grundkapitals veranlaßt ist, kann sich nicht auf §§ 31, 823 BGB. stützen. Dem Aktionär sollen aus der Zeichnung weitere Ansprüche, als die im HGB. selbst normierten, nicht zustehen. An Stelle persönlicher Garantien der Aktionäre tritt die Garantie des in der AG. konzentrierten Kapitals und ihres Vermögens.

Neben der Bedeutung des Zeichnungsgeschäfts kommt in Betracht, daß die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des BGB. (§§ 31, 823), durch die handelsrechtlichen Sondervorschriften — die Vorsorge treffen, einmal, daß das die Grundlage der Gesellschaft bildende Kapital tatsächlich vorhanden ist (§§ 188 ff., 192 ff., 182 f., 195 ff.), sowie daß es nicht zum Vorteil einzelner seinem Zwecke nachträglich entfremdet wird (§§ 207 ff., 217, 221, 261 ff., 288 ff.) — ausgeschlossen werden. Der Aktionär kann den Schaden, den er durch seine Beteiligung an der Gesellschaft erleidet, niemals von der Gesellschaft selbst ersetzt verlangen. Es bleibt ihm nur übrig, nach §§ 250, 254 ff., 266 ff., 268 f., 271 ff.

HGB. vorzugehen oder die Mitglieder der Gesellschaftsorgane persönlich in Anspruch zu nehmen, falls ein besonderer Rechtsanspruch dafür besteht. Hiergegen Lehmann s. a δ.

γγ. **RG.** DJZ. **02** 435, Holdheims MSchr. **11** 267, Bauers Z. **10** 67, HansGerZ. **03** Hauptbl. 7 wegen junger Aktien: Die Zeichnung auf eine Kapitalserhöhung ist nicht als eine Willenserklärung anzusehen, deren rechtliche Bedeutung sich in daraufhin entstehenden rechtlichen Beziehungen zwischen Zeichner und AG. erschöpft; sie ist eine Erklärung, die im Rechtsverkehre der AG. mit Dritten Wirkungen zu äußern bestimmt ist (§§ 195, 200), und insofern mit der Zeichnung bei der Gründung auf eine Linie gestellt werden muß. Die Vorschriften über Willensmängel sind daher nicht ohne weiteres auf die Zeichnung von Aktien anzuwenden. Es kommt nur darauf an, ob die in der Zeichnung liegende Beteiligungserklärung gewollt war. Beweggründe dafür bleiben der Gesellschaft gegenüber außer Betracht, da die Zeichnung als eine Erklärung aufzufassen ist, für sie unbedingt haften zu wollen, sobald daraufhin die Eintragung erfolgt ist.

β. αα. OLG. **4** 469 (KG.), ZAktWes. **12** 153, BankA. **1** 186, Bauers Z. **9** 247: Der Aktionär kann weder eine Zeichnung auf das Grundkapital, noch auch Zeichnungen zum Zwecke der Kapitalserhöhung wegen Irrtums oder Betrugs anfechten, auch wenn Willensorgane der Gesellschaft den Irrtum erregt haben. Die Zeichnungserklärung ist abstrakter Natur. (Anders für eingetragene Genossenschaften **RG. 36** 106.)

Der Kläger hat auch keinen Schadensersatzanspruch gegen die AG.; er ist nur Gesellschafter, nicht auch Gläubiger, er hat also nur Anspruch auf Gewinn (§ 213); er steht der Gesellschaft nicht als Dritter gegenüber.

ββ. Ähnlich RJA. **3** 126 (KG.), BankA. **1** 167.

Literatur: Die gesetzlichen Anforderungen an einen Gründerbericht, ZAktWes. **12** 80.

**§ 191.** OLG. **2** 435 (Jena), R. **01** 390, ZAktWes. **12** 81, Bauers Z. **8** 224 CBlFrG. **2** 846: Die Betriebsergebnisse der letzten zwei Geschäftsjahre müssen auch dann angegeben werden, wenn ein größeres Unternehmen nicht geschlossen eingelegt wird, sobald sich nur der eingelegte Teil noch als ein Handelsgewerbe (§ 1²) darstellt.

Die Betriebsergebnisse des Unternehmens sind auch anzugeben, wenn sie in den Büchern nicht verzeichnet stehen. Es genügt, daß sie sich feststellen lassen.

Die Gründer haben zur Feststellung derselben nicht nur das mitzuteilen, was sie von den für die Wertbemessung wesentlichen Umständen selbst wissen, sie sind vielmehr auch verpflichtet, diese Umstände, soweit sie ihnen nicht bekannt sind, zu ermitteln. Diese Offenlegungspflicht ist sowohl bei Sacheinlagen wie bei Sachübernahmen begründet, sie trifft nicht nur den einlegenden, sondern alle Gründer.

Sind Vorräte und Waren übernommen, so genügt zu der Beurteilung, ob die dafür gewährten Beträge angemessen sind, nicht die bloße Angabe derselben; es muß zunächst hinzukommen die Mitteilung der Art und Menge der eingelegten Vorräte und Waren. In dieser spezialisierten Weise sind dann auch die Erwerbs- und Herstellungspreise aus den letzten beiden Jahren anzugeben.

Diese Entscheidung wird zustimmend besprochen in ZAktWes. **12** 81.

Literatur: Rosenwald, Die Revision bei Gründung von Handelsgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des HGB., 1898; dazu Riesenfeld, ZAktWes. **9** 101. Die Haftung der Gründungsrevisoren bei Verletzung ihrer Berufspflichten, Bauers Z. **10** 29.

**§ 192.** 1. Küntzel, Aufsichtsrat 35: Die Organe sind nicht verpflichtet, die Zahlungsfähigkeit der Zeichner zu prüfen, da sie nicht in der Lage sind, eine solche Prüfung vorzunehmen; sie müssen aber Zeichnungen beanstanden, wenn

deren Richtigkeit oder die Zahlungsunfähigkeit der Zeichner offenkundig ist oder sie durch besondere Angaben darauf hingewiesen sind.

2. Abs. 3. Riesenfeld, Anstellung von Handelsfachverständigen (1901) 61: Die Worte des Relativsatzes, „in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat", beziehen sich auch auf „das für die Vertretung des Handelsstandes berufene Organ" und begrenzen die Zuständigkeit der Handelsorgane zur Bestellung von Revisoren. Diese Zuständigkeit ist namentlich auch in dem — in Preußen nicht seltenen — Falle genau zu prüfen, daß der Bezirk der Handelskammer sich mit demjenigen des Registergerichts nicht deckt, z. B. wenn der Handelskammerbezirk nur einen Stadtkreis, der Gerichtsbezirk aber einen weiter begrenzten Gebietsteil umfaßt; vgl. Riesenfeld, Mitwirkung der Handelsvorstände bei der Gründungsprüfung von AG.en, Bauers Z. 5 129. Die Bestellung der Gründungsrevisoren hat jedesmal für den bestimmten Einzelfall zu erfolgen; eine generelle Bestellung zum Gründungsrevisor ist unzulässig.

**§ 194.** Abs. 2. Riesenfeld, Denkschrift über Gründungsrevisoren, Bauers Z. **6** 6, 28 ff.: Die Festsetzung der Vergütung und Auslagen der Gründungsrevisoren durch die sie bestellenden Behörden (Gericht, Handelsorgan) ist Voraussetzung für die Entstehung und Geltendmachung ihres nunmehr gesetzlich anerkannten Anspruchs auf Honorierung, und ist daher ebenso eine vorherige, als eine nachträgliche anderweite Vereinbarung zwischen Revisoren und Gründern, sowie eine etwa freiwillig geleistete Zahlung nichtig. Die Festsetzung der Bezüge der Revisoren braucht jedoch nicht von Fall zu Fall zu erfolgen, vielmehr kann deren Regelung ein für allemal durch Erlaß einer allgemeinen Gebührenordnung vollzogen werden. Die Handelsvertretungen (Handelskammern und kaufmännische Korporationen) an den wichtigsten deutschen Handelsplätzen haben bereits diesen Weg eingeschlagen und Gebührenordnungen — siehe dieselben in „Handel und Gewerbe" **7** 92, 129, 140, 156, 219, 458, 482, 503, 516, 562, **8** 39, 117, 147, 210, 239, 396 — für Gründungsrevisoren erlassen.

**§ 195.** 1. OLG. **4** 22 (Dresden), ZAktWes. **11** 122, R. **01** 413, Sächs. OLG. **22** 163, Bauers Z. **8** 229, Goldschmidts Z. **53** 212: Die Anmeldung einer AG., bei der die Gründer sämtliche Aktien übernehmen, ist wirksam, auch wenn die Einreichung der Anmeldung erst nach dem Tode eines der Gründer erfolgte. Der Gründerbericht kann von den Erben ergänzt werden.

Nach Keyßners Bemerkung hierzu in Goldschmidts Z. a. a. O. (in gleichem Sinne Staub Anm. 3) muß, wenn ein Gründer vor der Anmeldung stirbt, die Gründung noch einmal erfolgen.

Keyßner will Vertretung durch die Erben bei der Anmeldung zulassen, wenn die zu letzterer erforderlichen Anlagen bereits vor dem Tode fertiggestellt waren, hat aber Bedenken, die Ergänzung des Inhalts der erforderlichen Anlagen zur Anmeldung durch die Erben zuzulassen.

2. Averbeck, Wesen der Aktienzeichnung § 39: Die Einzahlung der 25 % kann durch die Gründer eingeklagt werden.

3. Vgl. Glücksmann zu § 182 Nr. 3.

4. Über Stellung und Aufgaben des Registerrichters vgl. ferner Nr. 3 zu § 232, 1 zu § 238, 2 b β zu § 243, 1 zu § 244, zu §§ 277, 284, 302.

**§ 196.** Jastrow, Formularbuch II 367 Muster 205 Anm. 60: Entsteht in der konstituierenden Generalversammlung ein Streit über die Ausschließung vom Stimmrecht (§ 252 Abs. 3), so hat darüber nicht der Richter, sondern die Versammlung zu entscheiden. Bei dieser Entscheidung sind diejenigen, um deren Berechtigung es sich handelt, mit stimmberechtigt.

Literatur: Heine, Zu § 200 Abs. 1 BGB., DJZ. **01** 555.

**§ 200.** 1. a) **RG.** **47** 2, DJZ. **00** 529, Holdheims MSchr. **9** 276, JW. **00** 755, R. **00** 441, ZAktWes. **10** 303, Bauers Z. **8** 100: Die persönliche Haftung nach Art. 1 Satz 2 ist unabhängig davon, daß der im Namen der Gesellschaft Handelnde dem Dritten das Bestehen der Gesellschaft vorgespiegelt hat, oder daß dem Dritten das Nichtbestehen bekannt war. Der Wortlaut enthält keine solche Einschränkung, auch erscheint die Heranziehung des § 179 BGB. nicht zulässig, da § 200 nach den Motiven des für Art. 211, § 200 verbindlich gewesenen Art. 181 des preußischen Einführungsgesetzes zum HGB. „verhüten soll, daß AG.en vor erteilter landesherrlicher Genehmigung faktisch als solche ihre Geschäfte beginnen".

b) Zustimmend Goldmann Anm. 8, Lehmann-Ring Anm. 2, Pinner III 2 b.

c) A. A. Staub Anm. 4 (unter Anführung der Literatur): Es handelt sich um eine Anwendung des im § 179 BGB. zum Ausdrucke gebrachten Prinzips, und es ist daher Voraussetzung, daß der Gegenkontrahent das Nichtbestehen der Gesellschaft nicht kennt.

d) Heine a. a. O. meint, daß die angeführte Entscheidung gegen Treu und Glauben verstoße. Er hält die Haftung des Handelnden dann für ausgeschlossen, wenn der Dritte beim Vertragsschlusse das Fehlen der Eintragung kannte.

e) Dove Anm. 2: Die Frage, ob bloße Kenntnis des Dritten von der nicht erfolgten Eintragung genügt, um die Haftung des für die Gesellschaft Handelnden auszuschließen, läßt sich nur nach der konkreten Sachlage, aus welcher der Sinn der getroffenen Vereinbarung zu entnehmen ist, beurteilen.

Vgl. auch JDR. **1** zu § 54 BGB., insbes. Nr. 11.

2. **RG.** a. a. O.: Die Haftung des Handelnden kann durch Vereinbarung ausgeschlossen werden.

3. **RG.** JW. **01** 253, ZAktWes. **11** 80, Bauers Z. **8** 197: Ist vor der Eintragung der AG. in statutgemäßer Weise dem Vorstande von den Gründern die Ermächtigung zur Aufnahme eines Darlehens und Liegenschaftsverpfändung erteilt worden, und hat der Vorstand dies Geschäft im Widerspruche mit § 200 Abs. 1 vor der Eintragung der Gesellschaft vorgenommen, so haftet nur der Vorstand, nicht die Gründer. Denn die Ermächtigung fällt als internes Geschäft nicht unter die nach außen hin wirkenden Rechtsgeschäfte des § 200 und enthält die stillschweigende Voraussetzung ordnungsgemäßen Verfahrens.

4. **RG.** Gruchots Beitr. **46** 848, 851, Bauers Z. **10** 175: Die persönliche Haftung des Handelnden fällt weder durch die Kenntnis des Vertragsgegners davon, daß die Gesellschaft nicht eingetragen ist, noch dadurch weg, daß die Gesellschaft nach ihrer Eintragung den Vertrag genehmigt.

5. Handelnde i. S. des Abs. 1. a) OLG. **6** 27 (Stuttgart), R. **03** 296, Bauers Z. **10** 175: Als „Handelnder" i. S. des § 200 Abs. 1 Satz 2 sind nicht nur die geschäftsführenden Mitglieder, sondern alle diejenigen Zeichner von Aktien zu verstehen, mit deren Willen gehandelt worden ist.

b) **RG.** **55** 302, JW. **03** 390, DJZ. **03** 525, BankA. **3** 46, ZAktWes. **13** 247: Nach Abs. 1 Satz 2 haften nicht nur diejenigen, welche mit dem Dritten kontrahiert haben, sondern auch diejenigen an der Gesellschaft beteiligten Personen (Gründer, Zeichner), in deren Einverständnis bzw. mit deren Genehmigung die Eingehung der Geschäfte mit dem Dritten erfolgte.

Die Tragweite des Paragraphen, der lediglich positiv-rechtlicher Natur ist, ist nach seinem Zwecke zu bestimmen. Die Bestimmung ist gegeben, um den Gegenkontrahenten nicht rechtlos zu stellen und einem vorzeitigen Handeln für

eine nicht zu Recht bestehende Gesellschaft entgegenzuwirken. Die Motive (Nürnberger Prot. 1450 zu Art. 211) sprechen für die Ausdehnung, der Wortlaut steht nicht entgegen. Dazu kommt, daß bei dem Umfange der Abschlüsse die Einzelhaftung des Kontrahenten meist wenig nützt.

**§ 201.** 1. Begründung einer Zweigniederlassung.

a) Denzler, Filiale: Die Begründung einer Filiale gehört in Ermangelung besonderer Bestimmungen im Statute zu den Obliegenheiten des Vorstandes und erfordert Einstimmigkeit (286 f.). Das gleiche gilt für Verlegung, Aufhebung und Veräußerung (288). Veräußerung einer Zweigniederlassung mit Firma ist unzulässig, weil die Firma der AG. als unteilbares Ganzes am Geschäfte haftet.

b) Rießer, Neuerungen 40: Die Entstehung der Zweigniederlassung ist nicht wie die der Gesellschaft durch die Eintragung bedingt. — Die Zweigniederlassung kann keinen besonderen Vorstand haben. Ihr Vorstand oder Direktor ist lediglich Handlungsbevollmächtigter.

2. Denzler: § 201 regelt klar und erschöpfend den Inhalt der Registerpflichten bezüglich der Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft. Im übrigen kommt namentlich im Aktienrechte das im § 13 angedeutete Prinzip zur Geltung, wonach das Gesetz nur die Ausnahmefälle, in denen eine Registerpflicht in Ansehung der Filiale nicht oder in abgeschwächter Form besteht, ausdrücklich erwähnt (237).

Für die Anmeldung zu dem Register sind hinsichtlich der Filiale nur sämtliche Mitglieder des Vorstandes verantwortlich. Für gewisse Fälle (§§ 280 und 284) ist gemäß § 286 die Erfüllung der Registerpflicht sogar durch „den Vorstand", d. h. durch den Vorstand in der zur Vertretung der Gesellschaft im allgemeinen (zufolge des Statuts) genügenden Zusammensetzung ausreichend, gleichwie auch in Ansehung der Gesellschaft überhaupt gewisse weniger wichtige registerrechtliche Handlungen vom Vorstand in dieser durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Zusammensetzung bewirkt werden können gemäß § 232. So z. B. in den Fällen der §§ 234, 293 und 296 (290).

3. Rechtsprechung.

a) OLG. **6** 1 (KG.), Bauers 3. **10** 101, R. **03** 161: Die Eintragung der Gesellschaft in das Register der Zweigniederlassung darf nicht von einer Eintragung betreffs der Prokura in das Hauptregister abhängig gemacht werden, denn § 201 zählt die Erfordernisse der Eintragung auf, ohne die Prokura zu erwähnen.

b) LG. Greifswald, Holdheims MSchr. **9** 175: Bei Anmeldung der Zweigniederlassung zur Eintragung innerhalb der ersten 2 Jahre kann das Registergericht nur die Einreichung des Gesellschaftsvertrags, des Auszugs aus dem Register der Hauptniederlassung und eventuell eines Exemplars der für den Sitz der Gesellschaft ergangenen gerichtlichen Bekanntmachung der Eintragung, nicht auch der Schriftstücke, von denen nach § 199 Abs. 2 HGB. Einsicht genommen werden kann, verlangen. § 201 Abs. 4 nimmt nur auf die „Angaben" des § 199 Bezug.

c) LG. Essen, DJZ **03** 504: Die Publikation über die Personalveränderungen im Aufsichtsrate brauchen nicht zum Zweigregister eingereicht zu werden.

4. Alte Gesellschaften.

LG. Altona, Holdheims MSchr. **9** 239: Eine vor dem 1. Januar 00 errichtete Aktiengesellschaft hat behufs Eintragung einer nach diesem Zeitpunkte begründeten Zweigniederlassung nicht nachträglich in Beziehung auf ihre Errichtung diejenigen der im § 199 aufgestellten Erfordernisse zu erfüllen, die das frühere

Recht nicht kannte (so Anmeldung und Veröffentlichung des Betrags, zu welchem die Aktien ausgegeben worden sind).

5. Abs. 5. AG. mit ausländischer Hauptniederlassung.

a) Denzler, Filiale 366: Internationalrechtlich bildet § 201 Abs. 5 eine spezielle Ausführung des sonst in analoger Weise anzuwendenden allgemeinen Kollisionsprinzips des § 13 Abs. 3.

Das Schwergewicht dieser Spezialkollisionsnorm liegt darin, daß sie die Voraussetzungen aufstellt, unter welchen der Registerrichter das Aktienrecht überhaupt gegenüber der Filiale einer ausländischen Gesellschaft anzuwenden hat.

b) Levis, Firma und Firmenänderung bei AG.en, DJZ. **01** 137: Eine ausländische AG. ist nach Art. 22 EG. z. HGB. und § 20 HGB. gehalten, der Firma ihrer ausländischen Zweigniederlassung die Bezeichnung „Aktiengesellschaft" zuzufügen, wenn die Firma aus Personennamen besteht. Durch den Zusatz erleidet die Firma keine Änderung, so daß die Statuten nicht geändert zu werden brauchen. Dagegen muß der Zusatz zum Handelsregister angemeldet werden.

c) RJA. **3** 237 (KG.), Goldschmidts Z. **54** 294, ZAktWes. **13** 170: Das Gesetz verlangt auch für den Gesellschaftsvertrag einer ausländischen, im Inlande zu registrierenden AG. eine Bestimmung über die Form der Gesellschaftsbekanntmachungen, denn es soll die Festsetzung des Gesellschaftsvertrags hierüber (§ 182 Abs. 2) zur Veröffentlichung kommen, und die entsprechende Angabe soll gerade bei der ausländischen AG. in die Anmeldung aufgenommen werden. Davon abzusehen ist gemäß § 13 Abs. 2 nur, wenn ein solcher Zusatz nach dem fremden Rechte nicht zu erzielen ist.

d) Über Gebühren für eine Eintragung in das Handelsregister mehrerer preußischer Zweigniederlassungen einer außerpreußischen deutschen AG. s. Bauers Z. 8 103 (KG.); ferner **RG.** Holdheims MSchr. **10** 241: Die im § 73 des preuß. Gerichtskostengesetzes vorgesehene Gebührenermäßigung für die Eintragung einer Zweigniederlassung greift nicht Platz, wenn es sich um die Eintragung der ersten Zweigniederlassung einer AG. handelt, deren Hauptniederlassung außerhalb Preußens liegt.

6. Selbständigkeit der Zweigniederlassung im Grundbuchverkehr.

Bauers Z. **8** 151 (KG.): Eine Hypothek kann auf die Zweigniederlassung einer AG. umgeschrieben werden. Materiell bestehen keine Bedenken, da das Vermögen der AG. auch das der Zweigniederlassung umfaßt, formelle Bedenken stehen nicht entgegen, wenn die Zweigniederlassung eine eigene Firma hat.

7. Vgl. auch Nr. 5 zu § 13.

Literatur: Nieden, Haftung für die Gründungsvorgänge. Diss. 02.

**§ 202.** 1. Bauers Z. **9** 151: Die Belangung der Falschgründer durch einzelne Aktionäre ist unabhängig von § 268 auf Grund der Angaben des Gründerberichts zulässig (§ 823 BGB.).

2. Bauers Z. **9** 178: Unabhängig von den Ansprüchen aus § 202 ist der Anspruch eines geschädigten Aktionärs gegen einen Falschgründer auf Wiederabnahme derjenigen Aktien, welche ihm dieser verkauft hatte, und wobei die Rückgängigmachung des Rechtsgeschäfts mit der Falschgründung gerechtfertigt wird (Wandelungsklage).

3. Bauers Z. **8** 124: Die anderen Gründer bleiben außer Haftung, wenn ein Gründer nicht mit Absicht, sondern nur aus leichtem oder grobem Versehen die AG. durch seine Illaten zu Schaden gebracht hat.

**§ 205.** **RG.** Holdheims MSchr. **12** 97, R. **03** 240, 261, 296, Bauers Z. **10** 174, Puchelts Z. **34** 339: Die verlängerte Sperrfrist, binnen welcher Ver-

gleiche und Verzichtleistungen betreffs der der AG. gegen die Gründer usw. aus der Gründung zustehenden Ansprüche nicht zulässig sind, findet Anwendung auch auf einen solchen Fall, in dem die Frist gemäß dem alten HGB. zu laufen begonnen hatte, beim Inkrafttreten des HGB. aber noch nicht vollendet war. Die Vorschrift soll im öffentlichen Interesse den schweren, das wirtschaftliche Wohl weiter Kreise untergrabenden Mißständen bei der Gründung der AG. abhelfen. Auch verletzt die Anwendung nicht „erworbene Rechte", da man von solchen erst nach Fristablauf würde sprechen können.

**§ 207.** Nach Pinner Anm. II 3 liegt nicht Erwerb einer „herzustellenden Anlage" vor, wenn die Gesellschaft die Anlage in eigener Regie errichtet; ebenso Bauers Z. **10** 56 f., wo dagegen die Bestellung der maschinellen Einrichtung einer Brauerei als Nachgründung i. S. des 207 beurteilt wird.

## Zweiter Titel.

## Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

Literatur: Bachmann, Die Sonderrechte des Aktionärs, mit besonderer Berücksichtigung des deutschen und schweizerischen Rechtes, 1902. — Sonder- und Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre, ZAktWes. **9** 93. — Biberfeld, Individual- und Sonderrechte der Aktionäre, ZAktWes. **10** 111. — Burkas, Aktionär und Gläubiger im Konkurse der AG., 1902; dazu Bondi, Holdheims MSchr. **11** 257; Breit, Holdheims MSchr. **12** 90. — Fuld, Stellung des Aktionärs im Konkursverfahren über das Vermögen der AG., ZAktWes. **12** 205 ff. — Ders., Verwirkung der Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre, ZAktWes. **12** 25. — Goldstein, Der Konkurs der AG., Hirths Ann. **34** 734. — Ders., Das Schicksal des Reservefonds im Konkurse der AG., DJZ. **02** 528. — Lehmann, Beiträge zu den Erwerbsgründen des Aktienrechts, Goldschmidts Z **51** 373. — Mayer, Über den Minoritätenschutz bei AG.en, ÖstAGZ. **51** 393. — Sievers, Aktionäre und Gläubiger im Konkurse der AG., DJZ. **03** 85.

**§§ 210 ff.** 1. Mitgliedschafts-, Sonder-, Individualrechte der Aktionäre im allgemeinen.

a) Vgl. Nr. 1 zu § 274 (Bachmann).

b) Biberfeld a. a. O.: Individualrechte sind solche Rechte, die jedem Mitgliede kraft seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft zustehen; Sonderrechte dagegen Vorrechte einzelner Mitglieder (111).

Die Individualrechte bilden das Recht der Zugehörigkeit (indirekt anerkannt im § 227, welches entzogen werden kann lediglich unter den im § 292² gesetzten Voraussetzungen, 148 f.), das Recht, an den Beratungen und Abstimmungen der Generalversammlung teilzunehmen, 189 (§§ 252, 254 s. d.); das Dividendenrecht, 218 (vgl. § 213). Das Recht an dem Liquidationserlöse (251).

c) ZAktWes. **9** 94: Sonderrechte eines Aktionärs können nur mit dessen Zustimmung aufgehoben oder geändert werden; zu ihnen gehören das Recht auf Bauzinsen (§ 215), Dividende (§ 213), Anteil am Gesellschaftsvermögen bei Auflösung der Gesellschaft (§ 200), Stimme in der Generalversammlung (§ 252), das Recht, bona fide erhaltene Zinsen und Dividenden zu behalten (§ 217), die Bilanz usw. einzusehen (§ 263), Mitteilung von der Generalversammlung usw. zu erhalten (§ 257).

Die Individualrechte — Recht auf Anfechtung gesetzwidriger Generalversammlungsbeschlüsse (§ 271), auf Verfolgung der Ansprüche der AG. wegen Geschäftsführung und Gründung (§ 268), auf Vertagung der Generalversammlung (§ 264), auf Untersuchung von Vorgängen bei der Gründung (§ 266) — und die übrigen Rechte, die sog. Mitgliedschaftsrechte, unterliegen Mehrheitsbeschlüssen der Generalversammlung; allerdings nur insoweit, als die Befugnisse nicht auf Bestimmungen beruhen, welche unter dem Schutze der öffentlichen Rechtsordnung

stehen, und daher weder durch die Statuten, noch durch die Generalversammlung geändert werden können.

d) Mayer a. a. O. behandelt die Frage der Sonderrechte nach allgemeinen Grundsätzen und mit besonderer Bezugnahme auf das AHGB. (österr.) 424 ff. finden sich Betrachtungen über das neue deutsche HGB. Die von Alexander (Die Sonderrechte des Aktionärs, 1892) aufgestellte, von Staub als zu weitgehend bezeichnete Definition, welche unter Sonderrechten alle jene Rechte versteht, welche den Mitgliedern als solchen, d. h. im Verhältnisse zur Körperschaft, zustehen, kommt gerade wegen ihres weiten Umfanges dem Richtigen am nächsten (493). Die Unterscheidung von Kollektiv- und Sonderrechte ist unbrauchbar, weil es sich bei ersteren, den sog. entziehbaren Rechten, nicht um bestimmte den Aktionären zustehende Rechte, sondern bloß um den Ausdruck des Willens der Gesamtheit handelt (394).

Die Sonderrechte zerfallen in solche spezifisch vermögensrechtlichen Inhalts (Vermögensrechte) und solche, welche darin gipfeln, auf die Verwaltung, Geschäftsführung und das ganze Schicksal der AG. einen mitbestimmenden Einfluß zu nehmen (gesellschaftliche Herrschaftsrechte) (394).

Zu den Vermögensrechten gehören a) das Recht auf die Dividende, event. Bauzinsen, b) das Recht auf einen verhältnismäßigen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen bei Auflösung der AG.

In Ansehung des Dividendenanspruchs ergeben sich folgende grundsätzliche Forderungen:

α. Die Minderheit kann die von der Mehrheit der Generalversammlung akzeptierte Bilanz bekämpfen, und zwar

der Richtigkeit nach dann, wenn gesetzliche oder statutarische Bilanzierungsgrundsätze verletzt wurden,

der Wahrheit nach nicht bloß wegen unrichtiger tatsächlicher Bewertungen, sondern nur dann, wenn dieselben in ihrem Gesetze die Auszahlung fiktiver Dividenden oder die Ansammlung statutarisch nicht vorgesehener Reserven oder eine sonstige Verletzung der gesetzlichen oder statutarischen Bestimmungen bezwecken oder bewirken sollten.

β. Beim Vorhandensein einer von beiden Teilen als richtig anerkannten Bilanz, welche einen Reingewinn ausweist, steht der Minderheit gegenüber einem entgegengesetzten Beschlusse der Majorität das Recht zu, durch Anfechtung des Beschlusses zu fordern, daß ihr eine Dividende ausbezahlt werde, daß die Auszahlung der Dividende ohne jede im Statute nicht vorgesehene Beschränkung und in einer mit dem erzielten Reingewinn in das entsprechende Verhältnis gebrachten Höhe erfolge.

γ. Aus der zu α erwähnten Anfechtungsmöglichkeit der Bilanz ergibt sich gleichzeitig das Recht, aus Bilanzgründen, entgegen den Mehrheitsbeschlüssen, die Auszahlung einer Dividende überhaupt zu bekämpfen (401).

Die Herrschaftsrechte gewähren ein Sonderrecht des Inhalts, daß die Beschlüsse der Generalversammlung sich innerhalb der Grenzen des Gesetzes und der Statuten zu halten haben (405). Eine Majorisierung ist nur innerhalb dieser Grenzen zulässig. Auch können Befugnisüberschreitungen des Vorstandes und Aufsichtsrats nur in diesen Grenzen rechtswirksam von der Generalversammlung genehmigt werden (416). Im einzelnen dürfen die von der Generalversammlung beschlossenen Transaktionen nicht dem Erwerbszwecke zuwiderlaufen. Schenkungen, Entsagung von Rechten usw. zugunsten dritter Personen sind unzulässig (406), (nicht dagegen remuneratorische Schenkungen und Wohltätigkeitsakte). Der Gegenstand des Unternehmens der AG. kann nicht durch Majoritätsbeschluß abgeändert werden (415).

e) Fuld, ZAktWes. **12** 25 ff.: Das HGB. regelt diese Fälle erschöpfend im § 219. § 290 gehört nicht hierher, da hier den Aktionären, wenn ihnen auch das Anteilsrecht entzogen wird, doch der Erlös ausgekehrt wird. Im Statute können weitere Ausschlußfälle nicht festgesetzt werden (s. zu § 211), wohl aber kann die Generalversammlung zur Sanierung des Unternehmens Zuzahlungen unter gleichzeitiger Herabsetzung des Grundkapitals unter dem Hinweise darauf beschließen, daß gegen die nicht zuzahlenden Aktionäre nach § 290 werde verfahren werden. Vgl. zu §§ 278, 288 — zu vgl. § 252 Nr. 1.

2. Die Rechtsnatur der AG., die Stellung der Aktionäre und der Gläubiger zum Vermögen der AG.

a) Burkas: Den Gläubigern der AG. haftet nur das Grundkapital, bzw. das Vermögen der AG. in Höhe des Grundkapitals (14, 18 ff.). Die AG. ist eine Handelsgesellschaft, deren Inhaber die einzelnen Aktionäre sind (15, 52, 59 f.). Da nach allgemeinen Rechtsregeln jeder nur insoweit seinen Gläubigern haftet, als er sich verpflichten wollte, und die Aktionäre nicht persönlich haften, sondern nur ihre Einlagen den Gläubigern als Haftungsobjekt bieten wollen, ist der genannte Betrag als derjenige anzusehen, bis zu welchem sich die Gesamtheit der Aktionäre, jeder zu seinem Teile, Dritten gegenüber für haftbar erklärt hat. Bezüglich alles übrigen Vermögens der AG., also alles dessen, was sie im Geschäftsbetrieb und sonst erwirbt, fehlt es an einer entsprechenden Haftungserklärung.

Diese Auffassung entspricht der Geschichte des Gesetzes, welches sich darauf beschränkt, die Einzahlung und Erhaltung des Grundkapitals zu sichern, dagegen, von einer beim Reservefonds zu erwähnenden Bestimmung abgesehen, nichts enthält, wonach die Aktionäre auch mit ihrem außer dem Grundkapital vorhandenen Vermögen — mag es nun einem einzelnen von ihnen oder ihnen allen durch die AG. als Mittelsperson gehören — für die Schulden der AG. haften sollten (22).

Eine besondere Betrachtung erheischen der Reservefonds und die Regreßansprüche gegen die Gesellschaftsorgane.

Jener ist ein durch erzielten und nicht verteilten Reingewinn gebildeter Teil des Vermögens der AG., nicht Einlage, nicht Grundkapital (33, 44). Wenn er nach § 262 zur Deckung eines aus der Bilanz sich ergebenden Verlustes, m. a. W. zu einer Verringerung des Grundkapitals bestimmt ist, darf man daraus nicht folgern, daß er stets, wie das Grundkapital den Gläubigern haftet, vielmehr umgekehrt, daß er freies Vermögen der Aktionäre ist, wenn das Grundkapital ungeschmälert ist (36). Dies wird durch die in Art. 219, §§ 211, 262 Abs. 2 vorgesehene Ausnahme bestätigt, daß der aus etwaigem Agio entstandene Teil des Reservefonds schlechthin, also unabhängig vom Ist-Bestande des Grundkapitals haftet (38). Auch § 217 hat nur Sinn, wenn man annimmt, daß der Reservefonds an sich den Gläubigern nicht haftet (46 ff.); denn man kann nicht annehmen, daß das Gesetz dem Konkursverwalter ein praktisch (mit Rücksicht darauf, daß die Eigentümer der Aktien meist nicht bekannt sind) bedeutungsloses Regreßrecht habe geben wollen. § 217 soll den Gläubigern den Zugriff auf die Reserven ermöglichen.

Der sogen. Regreßanspruch zerfällt in zwei Teile. Der eine wurzelt im Auftragsverhältnis und umfaßt diejenigen Ansprüche aus der Vermögensverwaltung und Geschäftsführung, die dem dominus negotii, dem Geschäftsherrn, aus vertragswidriger Führung der Geschäfte erwachsen; der andere entspringt aus dem Gesetz als solchem, und kann sowohl vom Geschäftsherrn, als auch von Dritten, sofern sie geschädigt sind, wenn auch nur subsidiär, geltend gemacht werden (58). Es steht nicht der AG., die nicht als fingiertes Rechtssubjekt, wie Staat und Gemeinde, behandelt werden kann (59), sondern den Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit zu (ausgenommen in den Fällen der §§ 241 Abs. 4, 249 Abs. 3,

wo auch die Gläubiger berechtigt sind) (60). Es gehört zwar zum Vermögen der Gesellschaft, ist aber dem Zugriffe der Gläubiger sowohl innerhalb, wie außerhalb des Konkurses entzogen, weil er kein Teil des Grundkapitals oder äquivalenter Werte ist, sondern den Aktionären in ihrer Gesamtheit zusteht (68). Im Konkurs ist der Verwalter formell befugt, ihn geltend zu machen; doch wird die Konkursmasse durch das ihr infolge des Anspruchs Zufließende grundlos (soweit nicht §§ 241 Abs. 4, 249 Abs. 3 in Frage stehen) bereichert, und muß es als Masseschuld den Beteiligten, d. h. den Aktionären, herausgeben (69).

b) Gegen die von Burkas vertretene Ansicht: Fuld, ZAktWes. **12** 205: Die AG. ist eine juristische Person, welcher der Reservefonds ebenso gehört wie ihr übriges Vermögen. Ihr gesamtes Vermögen wird vom Konkurs ergriffen. Die Vorschrift des § 261 Abs. 1 Satz 3 gilt nur für die Zeit des Bestehens der Gesellschaft.

c) Sievers a. a. O.: Die Ansicht Burkas' beruht auf einer Verkennung des Wesens der AG. und insbesondere auch der Natur des Reservefonds. Auf die 5 % des Reingewinns, die gesetzlich dem Reservefonds zuzuführen sind, haben die Aktionäre kein Anrecht (§ 213). Auch dient der Reservefonds nicht zur Deckung solcher Verluste, welche die unrichtige Bewertung in den Bilanzansätzen verursacht, sondern soll, wie der Zusammenhang zwischen §§ 261 und 282 beweist, den etwaigen Jahresverlust decken. So auch im wesentlichen Goldstein, DIZ. **02** 528, der hinzufügt: Zwar steht es während des Bestehens der AG. den Aktionären frei, über die freiwillig zum Reservefonds abgeführten Summen nachträglich anderweit Beschluß zu fassen. Doch sind sie darin insoweit beschränkt, als der Reservefonds zur Deckung eines Bilanzverlustes erforderlich ist.

Sievers: Die AG. ist juristische Person, daher steht ein etwaiger Regreßanspruch gegen Vorstand und Aufsichtsrat ihr zu; im Konkurse hat der Konkursverwalter ihn geltend zu machen; nur soweit er davon absieht, können die noch weiter fungierenden Organe der AG. (§ 292) ihn im Interesse der Aktionäre verfolgen.

d) Gegen Burkas: Bondi a. a. O.: Burkas beachtet nicht genügend, daß § 178, wenn er die Haftung der Aktionäre auf die Einlagen beschränkt, nichts über den Vermögenszuwachs besagt, ferner daß die Gläubiger der AG. weniger mit Rücksicht auf das ihnen häufig nicht bekannte Grundkapital als im Hinblick auf das aus der Bilanz ersichtliche Vermögen kreditieren; endlich, daß nach §§ 1, 270 KO. das gesamte Vermögen vom Konkurs ergriffen wird (s. a. § 300 HGB.). Gegen seine Auffassung des Reservefonds spricht insbes., daß die Aktionäre mit dem Beschluß, einen Teil des Reingewinns dem Reservefonds zuzuführen, beschließen, eben diesen Teil von der Verteilung unter sich auszuschließen, ihn also dem Vermögen der Gesellschaft zu belassen, ohne dasselbe insoweit mit Dividendenansprüchen zugunsten der einzelnen Aktionäre zu belasten.

Gleichwohl kann die AG. neben den Regreßansprüchen des Verwalters und trotz eines von diesem geschlossenen Vergleichs Schadensersatzansprüche gegen die Haftpflichtigen erheben, nämlich dann, wenn die Konkurseröffnung eine kausale und voraussehbare Folge der schuldhaften Handlungsweise der Beteiligten ist. Dieser Anspruch entsteht erst durch die KO. und umfaßt allen durch sie erwachsenen Schaden.

e) Gegen Bondi: Breit a. a. O.: Die von dem Verwalter geltend zu machenden Ansprüche und der von Bondi konstruierte Schadensersatzanspruch der Gesellschaft lassen sich nicht trennen. Ist die Pflichtverletzung des Vorstandes der AG. die Ursache einer späteren Überschuldung und Zahlungseinstellung, so umfaßt der Schadensersatzanspruch nicht nur den Betrag, der zur Tilgung der

Gesellschaftsschulden notwendig ist, sondern alles, was die Gesellschaft durch das pflichtwidrige Verhalten des Mitglieds eingebüßt hat. —

f) Goldstein a. a. O.: Die Aktionäre sind mit ihrer Einlage nicht Konkursgläubiger der AG., auch nicht, wenn der Konkurs erst im Liquidationsverfahren eröffnet ist; dagegen nehmen sie am Konkurse teil wegen solcher Rechte, die sie unabhängig von ihrer Eigenschaft als Aktionär erworben haben, wegen der Vergütung, die ihnen für wiederkehrende Leistungen nach § 212 zusteht, wegen der festgestellten Dividende, auch wenn diese erst nach der Konkurseröffnung fällig wird, wegen der Bauzinsen und wegen (a. A. hier Simon, Bilanzen 215) Rückzahlungen, die anläßlich der Herabsetzung des Grundkapitals nach § 288 Abs. 1 beschlossen sind.

Umgekehrt gehören zur Konkursmasse die Entschädigungsforderungen der Gesellschaft gegen Gründer usw. (745).

3. Aktienerwerb.

a) Lehmann a. a. O. behandelt die der Aktienübertragung zugrunde liegenden rechtsgeschäftlichen Vorgänge, sowie u. a. die Fragen nach Zuständigkeit für die Ausübung des Stimm-, Bezugs- und Anfechtungsrechts, für die Zuzahlungen usw., wenn die Aktien verpfändet oder in Nießbrauch gegeben sind oder einer Ehefrau bzw. einem unter elterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt stehenden Kinde gehören. (Über einige Einzelheiten s. zu § 252.)

b) Biberfeld stellt, ZAktWes. **12** 128, die dingliche Seite des Erwerbes von Aktien nach dem Gesetze dar.

c) Sievers a. a. O.: Wer durch unrichtige Darstellungen oder Verschleierungen, deren sich der Vorstand in den Jahresberichten schuldig macht, zum Aktienkaufe verleitet ist, kann seinen Schaden nicht als Gläubiger im Konkurse der AG. geltend machen. Ob sich aus §§ 823, 826 BGB. ein solcher Anspruch gegen die AG. rechtlich begründen läßt, kann dahingestellt bleiben. Es liegt hier ähnlich, wie in dem Falle, wo betrügerische Manipulationen der Gründer oder Gesellschaftsorgane die Zeichnung auf die Aktie veranlaßt haben; vgl. Note 1, 3 zu § 189. Es widerspricht dem Wesen der AG., daß sie selbst den Mitgliedern die Ertragsfähigkeit oder den Wert der Aktien, d. h. ihre Beteiligung an dem Unternehmen garantiert. Kann der Vorstand der AG. in dieser Hinsicht seine Gesellschaft nicht durch Verträge verbinden, so können auch seine Delikte nicht zu einer derartigen Haftung führen.

Literatur: Vgl. die Angaben vor §§ 210 ff.

**§ 210.** 1. Joerges, Goldschmidts Z. **49** 168 mit der herrschenden Meinung: Die AG. ist juristische Person, wie u. a. die Bestimmungen in den §§ 210, 216 dartun.

2. a) SächsOLG. **23** 432, Holdheims MSchr. **9** 21, ZAktWes. **9** 158, **10** 179: Eine AG. kann nicht Mitglied einer o. HG. sein. Sie kann ein Handelsgewerbe nur unter der ihr nach dem Gesetz eigenen Form betreiben und nicht zugleich Träger einer anderen o. HG. sein. Auch widerspricht ihr innerer Aufbau der Mitgliedschaft: der Schutz, der für das Gesellschaftsvermögen geschaffen ist, würde wegfallen, wenn der andere o. HG.er über es verfügen könnte.

Dagegen kann sie sich an einer Kommanditgesellschaft, einer AG. oder einer G. m. b. H. beteiligen: hier haftet sie nur mit einer bestimmten Vermögenseinlage und ist nicht Träger der anderen Gesellschaft.

b) In ZAktWes. **10** 179 wird zu dieser Entscheidung bemerkt, daß die Rücksicht auf die Gläubiger gleichfalls die Eingehung einer o. HG. nicht gestatte; denn die AG. könne durch ein pflichtwidriges Verhalten des anderen Partners ihr ganzes Vermögen einbüßen. Vgl. Nr. 4b zu § 105.

3. KGJ. **20** A 36 (KG.), R. **00** 377, ZAktWes. **11** 43, Goldschmidts Z. **51** 231: Eine AG. kann nicht als Inhaberin eines von ihr erworbenen Handelsgeschäfts, das unter seiner bisherigen, von der Firma der AG. abweichenden Firma als selbständige Niederlassung fortgeführt werden soll, in das Handelsregister eingetragen werden. Vgl. Nr. 9 zu § 22.

4. BayObLG., ZAktWes. **12** 261: Die AG. haftet nach § 31 BGB. für ihren Vorstand und, soweit der Aufsichtsrat als für sie handelnd in Frage kommt, auch für ihn. Für ihre Angestellten haftet sie in der gleichen Weise, als wenn sie eine physische Person wäre. Ihre Angestellten und Gehilfen fallen nicht unter § 31 a. a. O.

5. Über die Gründung von Filialen vgl. Denzler zu §§ 17 und 124.

Literatur: Altschul, Zusammenlegung von Aktien und deren Abwendung durch Zuzahlungen. Holdheims MSchr. **11** 109. — Bauers Z. **9** 127: Zusammenlegung von Aktien. Zuzahlung zur Erhaltung des Aktienrechts. Erhöhung des Grundkapitals um den Betrag der vernichteten Aktien. Ausgabe von Vorzugsaktien mit Genußscheinen und Dividendennachzahlung. — ZAktWes. **12** 49: Zuzahlung auf Aktien und Zusammenlegung von Aktien. — ZAktWes. **11** 231: Zwangsreduktion von Industrieaktien; ⋙→ allgemein wirtschaftliche Ausführungen. ←⋘ Förster, Nachschußpflicht bei AG.en. Diss. 03. — Fuld, AG.en mit Nachschußpflicht, ZAktWes. **12** 120. — Heinemann, Das Grundprinzip der Aktienform und der Nachschußzwang bei AG.en, 02 — Nachschüsse bei AG.en. ZAktWes. **13** 81. — Holdheim, Die Erzwingung von Nachschüssen bei AG.en. Holdheims MSchr. **11** 132. — Laband, Die Erzwingung von Nachschüssen bei AG.en. DJZ. **02** 229. — Lazarus, Zusammenlegung von Aktien und deren Abwendung durch Zuzahlung. DJZ. **03** 77. — Pinner, Die Erzwingung von Nachschüssen bei AG.en. Holdheims MSchr. **11** 158, 212. — Schmidt-Ernsthausen, Die Ausgabe von Vorzugsaktien und Genußscheinen gegen Zuzahlung nach der neuesten Rechtsprechung. BankA. 2 185. — Schweizer, Zusammenlegung von Aktien und deren Abwendung durch Zuzahlungen. DJZ. **03** 220.

**§ 211.** 1. Können von den Aktionären Zuschüsse ohne Erhöhung des Grundkapitals gegen Gewährung von Vorzugsrechten durch Mehrheitsbeschluß eingefordert werden?

a) Staub Anm. 2 zu § 185 hält einen einstimmigen Beschluß für erforderlich. Die Aktionäre brauchen sich nach § 211 nicht gefallen zu lassen, daß ihnen durch Majoritätsbeschlüsse Verpflichtungen, insbesondere zur Einlegung von Geld, auferlegt werden.

b) Hiergegen bemerkt Schmidt-Ernsthausen a. a. O.: Durch einen derartigen Beschluß wird der Aktionär gar nicht zu einer nach § 211 unzulässigen Zuzahlung verpflichtet; es werden in Wahrheit nur Vorteil und Nachteil auf die zu Geldopfern bereiten und nicht bereiten Aktionäre verteilt, ohne eine Verpflichtung zu solchen Opfern zu schaffen. Staubs Auffassung führt zur Konstruktion eines Sonderrechts des Inhalts, daß das Anteilsverhältnis am Gesellschaftsvermögen und am Reingewinne nur mit Einstimmigkeit geändert werden darf. Dem steht entgegen, daß auf Grund eines Mehrheitsbeschlusses bei Erhöhung des Grundkapitals unstreitig Vorzugsaktien ausgegeben werden dürfen. Er hält daher mit der herrschenden Meinung einen Mehrheitsbeschluß für ausreichend.

c) Förster a. a. O. stellt eingehend die Geschichte des § 211 f. dar, und kommt zu folgenden Ergebnissen: Festsetzungen der im § 185 erwähnten Art können auch nachträglich in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden (26). Die Beschlüsse über Zuzahlungen bedürfen nicht der Einstimmigkeit. Dies folgt daraus, daß das Gesetz dieses Erfordernis nicht aufstellt, die entgegengesetzte Auffassung würde auch den Zwecken widerstreben, welche das Gesetz mit den §§ 185, 211 f., $263^3$ verfolgt.

Sind nach dem Gesetze solche Mehrheitsbeschlüsse zulässig, so spricht sich das Gesetz damit auch indirekt für die Zulässigkeit von Maßnahmen aus, durch

welche die Minderheit von der Mehrheit gezwungen wird, entweder nachzuschießen, oder sich eine Herabsetzung der in ihren Anteilen verkörperten Quoten gefallen zu lassen. Ein solcher Sanierungsbeschluß verletzt zwar den Grundsatz der beschränkten Haftung des Aktionärs; das Gesetz sanktioniert aber diese Verletzung (26 f.).

d) Im Ergebnisse zustimmend KGJ. **24** A 67, OLG. **4** 473 (KG), RJA. **3** 84, CBlFrG. **3** 71, R. **02** 322, BankA. **1** 206, Goldschmidts Z. **53** 221: Durch Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung kann festgesetzt werden, daß die Aktionäre, die auf Aktien Zuzahlungen leisten, außer Vorzugsrechten für ihre Aktie noch Schuldverschreibungen in Höhe des gezahlten Betrags erhalten, auf die aus dem Bilanzgewinn alljährlich ein gewisser Zinssatz zu entrichten ist und die aus diesem Gewinne mittels Auslosung (oder aus dem Liquidationserlöse) getilgt werden.

2. Die Einforderung von Zuzahlungen unter der Androhung der Zusammenlegung der Aktien der nicht zuzahlenden Aktionäre und ähnliches.

I. Literatur.

a) Gegen die Zulässigkeit.

Fuld a. a. O. hält es nicht für zulässig, die Aktionäre zu Nachschüssen zu verpflichten, unter der Androhung der Zusammenlegung der Aktien bei Nichtzuzahlung. Ein solcher Beschluß verstößt gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung aller Aktionäre, wird auch nicht durch § 262 Nr. 3 sanktioniert, da dieser nicht besagt, daß Gewährung von Vorteilen gegen Zuzahlung mit Durchbrechung jenes Grundsatzes zulässig sei. Die Auffassung, daß jener Beschluß nicht gegen die Gleichberechtigung verstoße, weil er sich an alle Aktionäre wende und jedem den Entschluß freistelle, ist formalistisch und wird dem Geiste des Gesetzes nicht gerecht. Die Gesellschaft darf den Aktionär nicht beeinträchtigen, weil er sich an seine im § 211 umschriebenen Verpflichtungen hält. Für die Zulässigkeit darf man nicht anführen, daß bei einer Kapitalserhöhung Vorzugsaktien geschaffen werden können. Denn dort bleibt, anders wie hier, das Verhältnis zwischen den alten Aktionären unverändert.

b) Für die Zulässigkeit.

α. Heinemann a. a. O.: Die Zusammenlegung solcher Aktien, deren Besitzer, bei einer sogenannten Sanierung einer AG., die von der Generalversammlung beschlossene Zuzahlung auf die Aktien zwecks Umwandlung in Vorzugsaktien nicht leisten, ist zulässig. In den gesetzgeberischen Vorarbeiten haben sich ungeachtet des im § 211 des HGB. ausgedrückten Prinzips der aktiengesellschaftlichen Form die Regierung, die Reichstagskommission und das Plenum des Reichstags dagegen erklärt, Bestimmungen im Gesetz aufzunehmen, durch die solche Sanierungen verboten werden, da es, wie der Regierungsvertreter hervorhob, trotz der dabei zutage tretenden Mißbräuche nicht angängig sei, „den Gesellschaftern den Weg, auf welchem allein mit Erfolg die Beschaffung des notwendigen Kapitals herbeigeführt werden kann, vollständig zu verschließen".

Im übrigen liegt in dem Vorgange der Zusammenlegung an sich keineswegs ein Zwang zur Zuzahlung durch Androhung von Nachteilen für die nicht zuzahlenden Aktionäre; ein Zwang zur Zuzahlung liegt bei diesem Vorgange nur dann vor, wenn hierbei die Bedingungen für die Zuzahlung so gestellt sind, daß sie die Zuzahlung überhaupt dem Aktionär als einen Vorteil erscheinen lassen und auf diese Weise einen Zwang zur Nachzahlung auf den Aktionär ausüben. Kommt aber der Aktionär zu der Überzeugung, daß die gebotenen Vorteile die Zuzahlung gar nicht zweckmäßig erscheinen lassen, dann liegt überhaupt keine Veranlassung für den Aktionär vor, die Zuzahlung zu leisten, und

die behauptete Unzulässigkeit der Aktienzusammenlegung kann bei dieser Voraussetzung nicht mehr mit der Existenz eines Zuzahlungszwanges motiviert werden. Die von Staub ausgesprochene Ansicht, daß die im § 262 Abs. 3 vorgesehene Möglichkeit von Zuzahlungen, die ohne Erhöhung des Grundkapitals von Aktionären gegen Gewährung von Vorzugsrechten für ihre Aktien geleistet werden, an die Zustimmung aller Aktionäre gebunden sei, wird vom RG. im Urteile vom 15. Oktober 1902 (s. unten) verworfen, welches die Zulässigkeit des Mehrheitsbeschlusses betreffs der angezogenen Bestimmung besonders hervorhebt.

β. Für die Gültigkeit eines Beschlusses, in welchem die Zusammenlegung der Aktien beschlossen wird, auf welche eine ausgeschriebene Zuzahlung nicht geleistet wird, auch Holdheim a. a. O., weil die AG. ihre Mitglieder zur teilweisen Aufgabe ihrer Rechte zwingen kann, wie das **RG.** Holdheims MSchr. 5 127 gelegentlich der „Spitzen" d. h. der bei der Zusammenlegung von Aktien überschießenden Stücke, entschieden hat, und demgemäß auch befugt sein muß, ihnen die Möglichkeit zu gewähren, den angedrohten Nachteil durch Zahlung einer Zubuße abzuwehren.

γ. Pinner a. a. O.: Die AG. ist berechtigt, Zuzahlungen von Aktionären gegen Gewährung von Vorteilen bezüglich Auflegung von Nachteilen an diejenigen, die nicht zahlen, zu fordern.

§ 263 Ziff. 3 läßt solche Zuzahlungen zu, und § 211 steht ihnen nicht entgegen, da ein Zwang zur Zuzahlung nach § 211 nur dann unzulässig sein würde, wenn er widerrechtlich wäre; eine Widerrechtlichkeit liegt aber nicht vor, wenn nur wirtschaftliche Nachteile angedroht werden, und durch Majoritätsbeschluß kann eine nicht auf widerrechtlichem Zwange beruhende Bestimmung getroffen werden.

δ. Tecklenburg, Holdheims MSchr. **12** 117: Es ist zulässig, den zuzahlenden Aktionären ihre eingebrachten Aktien zu einem höheren Betrag anzurechnen, als den nicht zuzahlenden Aktionären ihre in Stammaktien umzuwandelnden Aktien. Die Herabsetzung der alten Aktien darf für erstere in günstigerem Verhältnis erfolgen, als für letztere. Denn wäre es nicht der Fall, so könnte man — wie exakt (mathematisch) nachweisbar — durch die vom RG. für zulässig erklärte gleichmäßige stärkere Herabsetzung aller Aktien es dennoch erreichen, daß die nicht zuzahlenden Stammaktionäre in jedem beliebigen Maße schlechter gestellt würden, als die zuzahlenden Prioritätsaktionäre. Damit würde eine die verschiedene Bewertung verbietende Gesetzesnorm zu einer bloßen Formvorschrift gestempelt, was als Sinn des Gesetzes unannehmbar ist.

II. Die Rechtsprechung und die Äußerungen der Literatur zu ihr.

1. DJZ. **02** 153, OLG. **4** 147 (KG.), Holdheims MSchr. **11** 75: Die AG. hatte mit 3/4 Majorität u. a. beschlossen:

α. Zum Zwecke der Beschaffung von Betriebsmitteln und Vermeidung der Unterbilanz wird das Grundkapital herabgesetzt.

β. Es sind 5% des Nennwerts von den Aktionären zuzuzahlen.

γ. Diejenigen Aktien, auf welche eine Zuzahlung nicht geleistet wird, wurden im Verhältnisse von 6 zu 1 zusammengelegt.

Der Beschluß ist weder in der Form gültig,

a) daß Zuzahlung befohlen und für die Zuwiderhandlung Zusammenlegung angedroht wird,

denn die Pflichten der Aktionäre zu Einzahlungen sind durch § 211 begrenzt, und eine Mehrleistung kann auch durch Androhung einer Strafe nicht erzwungen werden;

b) noch in der, daß die Zusammenlegung beschlossen und eine Ausnahme für den Fall zugelassen wird, daß ein Aktionär eine Zuzahlung macht,

denn hierin liegt eine ungleiche Behandlung der Aktionäre, die sich nicht die für die Zuzahlung erforderlichen Mittel verschaffen können.

Gegen diesen letzten Teil der Begründung wendet sich Altschul a. a. O.: § 283[3] setzt Zuzahlungen der Aktionäre (ohne gleichzeitige Erhöhung des Grundkapitals) als zulässig voraus, einerlei, ob der einzelne Aktionär in der Lage ist, sie zu leisten oder nicht; der ökonomische Gesichtspunkt läßt sich daher auch nicht gegen die Gültigkeit des fraglichen Beschlusses verwenden. Es kommt nur darauf an, daß die Aktionäre rechtlich gleich behandelt werden. Dies ist aber geschehen.

2. OLG. **4** 250 (Hamm), DJZ. **02** 179, Holdheims MSchr. **11** 110, ZAktWes. **12** 97 ff., Bauers Z. **9** 175: Die AG. hatte u. a. beschlossen: „Den Inhabern von Stammaktien wird ein Bezugsrecht auf die auszugebenden Vorzugsaktien in der Weise gewährt, daß dieselben unter Zuzahlung von 800 Mark auf je 5 Stammaktien von je 600 Mark Nennwert diese 5 Stammaktien gegen 2 Vorzugsaktien umtauschen können. Das Grundkapital wird in der Weise herabgesetzt, daß diejenigen Stammaktien, auf welche ein Vorzugsrecht nicht ausgeübt wird, im Verhältnisse von 4 : 1 zusammengelegt werden." Das OLG. hält diesen Beschluß für gültig, weil alle Aktionäre gleichmäßig behandelt werden, und von einem gegen die guten Sitten verstoßenden Zwange nicht geredet werden kann, da nicht ersichtlich ist, wie ein an sich gesetzlich zulässiger Majoritätsbeschluß ohne unsittliche Beeinflussung seines Zustandekommens gegen die guten Sitten verstößt.

3. Ähnlich OLG. **4** 252 (Dresden), SächsOLG. **23** 464, ZAktWes. **12** 99, Bauers Z. **9** 176, Holdheims MSchr. **11** 110, sowie OLG. **4** 253 (Hamburg), Holdheims MSchr. **11** 111 und DJZ. **02** 296 (KG.).

4. Laband a. a. O. entscheidet sich in einer Besprechung der Entscheidungen des KG. und OLG. Hamm (oben 1 und 2) für die Ungültigkeit solcher Beschlüsse: Die Rechtsfrage ist, ob die Aktiengesellschaften gesetzlich befugt sind, ihre Mitglieder vor die spekulative Entscheidung zu stellen, ob sie zuzahlen oder durch Zusammenlegung einbüßen wollen. Dies ist zu verneinen, denn die Gewährung der Möglichkeit, zu zahlen an alle, ist nur formell gleiches Recht — materiell werden die, die nicht zuzahlen können benachteiligt —, das Stellen der Alternative daher ein nach § 211 und den Grundprinzipien der AG. unzulässiger Zwang.

5. Zur Ungültigkeitserklärung ist auch das RG. im Urteile vom 15. Oktober 1902 gelangt: DJZ. **02** 547, **RG. 52** 288, ZAktWes. **12** 242, Holdheims MSchr. **11** 263, Bauers Z. **10** 83, JW. **03** 635: Die Generalversammlung hatte beschlossen:

α. Ausgabe von Vorzugsaktien entweder gegen Einlieferung der Stammaktien an Zahlungsstatt und Barzuzahlung oder gegen Zeichnung mit der Maßgabe, daß der Beschluß hinfällig sein sollte, wenn nicht spätestens am 1. 3. 1902 die erforderliche Summe beschafft und im Handelsregister die Erhöhung des Grundkapitals eingetragen sein werde.

β. Ein Bezugsrecht der Aktionäre derart, daß diese für je 5 Stammaktien über je 600 Mark und bare 800 Mark 2 Vorzugsaktien zu 1000 Mark sollen erwerben können.

γ. Zusammenlegung der Aktien derjenigen Aktionäre, die das Bezugsrecht nicht ausüben, im Verhältnisse von 4 : 1.

d. Zusammenlegung der Aktien sämtlicher Aktionäre im Verhältnisse von 4 : 1, falls der Beschluß über die Ausgabe von Vorzugsaktien hinfällig wird.

Ziffer 1, 2, 4 sind gültig. Ziffer 3 ist dagegen ungültig. Zwar verstößt sie nicht gegen die guten Sitten, wohl aber gegen den das Rechtsverhältnis der Aktionäre beherrschenden, auch im § 185 zum Ausdrucke gelangten, obersten Grundsatz der Gleichberechtigung aller Aktionäre. Auch wendet sie ein Zwangsmittel an, um die Aktionäre zu einer Leistung zu veranlassen, die über ihre durch § 211 begrenzte Verpflichtung hinausgeht. Dieser unzuläßige Zwang liegt darin, daß dem nicht zuzahlenden Aktionäre nicht nur angedroht wird, daß er mit seiner Aktie zurücktreten müsse, sondern noch weiter, daß ihm seine Anteilsrechte in noch höherem Maße geschmälert würden, als denen, welche die Zuzahlung leisten.

6. Lazarus a. a. O. wirft dem Urteile Mangel an Rechtslogik vor: Das RG. hält für erlaubt 1. einen Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung, wonach mit oder ohne Erhöhung des Grundkapitals Vorzugsaktien im Tausche gegen alte Aktien an solche Aktionäre gegeben werden, die bestimmte Beträge zuzahlen, 2. einen Mehrheitsbeschluß, wonach die alten Aktien in bestimmtem Verhältnisse zusammengelegt werden. Unzulässig soll nur eine Verbindung beider Beschlüsse derart sein, daß nur die Aktionäre von der Zusammenlegung betroffen werden, die eine in erster Linie beschlossene Zuzahlung nicht leisten.

Diese Ansicht ist nicht haltbar; denn der durch die gedachte Vereinigung verfolgte Zweck läßt sich auch auf einem anderen Wege, welcher vom RG. gebilligt wird, erreichen, indem man sämtliche Aktien zusammenlegt und den Zuzahlenden Vorzugsrechte einräumt (wie zahlenmäßig nachgewiesen wird). Entweder muß man eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichberechtigung schon darin sehen, daß den zuzahlenden Aktionären durch Mehrheitsbeschluß Vorzugsrechte eingeräumt werden (so Staub Anm. 2 zu § 185 und Laband, DJZ. **02** 299) oder auch einen Mehrheitsbeschluß gestatten, durch den nur die nicht zuzahlenden Aktionäre mit Zusammenlegung bedroht werden, während die anderen Vorzugsaktien erhalten.

7. Schweizer a. a. O.: Der von Lazarus erhobene Vorwurf trifft nicht zu. Das RG. erklärt für unzulässig nur einen Beschluß, durch welchen dem nicht zuzahlenden Aktionär neben dem — nach § 262 HGB. — zulässigen Zwange zum Zurücktreten angedroht wird, daß ihm außerdem seine Anteilsrechte in höherem Maße geschmälert würden, als denen, die Zuzahlung leisten. Die Berechnung von Lazarus leidet an einem Fehler und trifft nicht auf den vom RG. behandelten Fall zu.

8. Förster bespricht das RG.urteil 42 ff., sieht seinen Inhalt darin, daß das RG. die Benachteiligung eines Teiles der Aktionäre und demgemäß die Erzwingung von Nachschüssen nur in begrenzter Weise für gesetzlich erklärt, die Bezeichnung der Grenze aber nicht gibt, und polemisiert gegen Schweizer.

9. ZAktWes. **12** 49: Nachdem das KG. (s. II 1) entschieden hat, daß die Beschlüsse der Generalversammlung, durch welche den Aktionären eine Zuzahlung à fonds perdu unter der Androhung des Verlustes ihrer Aktien aufgegeben wird, mit dem Aktiengesetz in Widerspruch stehen, fragt sich, ob — von dem Anfechtungsrecht abgesehen — die betroffenen Aktionäre einen Schadensersatzanspruch haben. Dieser könnte an sich auf § 823 BGB., insbes. Abs. 2: „ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz" gestützt werden. Doch setzt er „Widerrechtlichkeit" des Vorstandes voraus, die sich, zumal mit Rücksicht darauf, daß zahlreiche Schriftsteller eine dem KG. entgegengesetzte Ansicht vertreten, kaum wird nachweisen lassen.

Literatur: Eugen N. Wolff, Nebenleistungsaktiengesellschaft (in der Festgabe der Rechtsanwaltschaft des KG. für den Geh. Justizrat Wilke) 1900. — Fuld, Verwirkung der Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre. ZAktWes. **10** 35.

**§ 212.** 1. Eugen N. Wolff beschäftigt sich mit der durch § 212 HGB. neu eingeführten Aktiengesellschaftsform, bei welcher den Aktionären neben den Kapitaleinlagen im Gesellschaftsvertrage die Verpflichtung zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen auferlegt werden kann. Ausgehend von der durch die Schwierigkeiten der statutarischen Rübenlieferungspflicht für die Aktienzuckerfabriken veranlaßten Entstehung der neuen Vorschriften sucht er zunächst die wirtschaftliche Bedeutung der letzteren nicht nur für landwirtschaftliche Nebengewerbe, sondern auch für andere industrielle Unternehmungen, wie insbesondere Kartelle, darzulegen und wendet sich sodann zu der Erörterung der durch die rechtliche Gestaltung der neuen Vorschriften veranlaßten Zweifelsfragen. In letzterer Beziehung werden die rechtliche Natur der Nebenleistungspflicht, Inhalt und Umfang, Übertragbarkeit (insbesondere bei Erbfolge und Zwangsverkauf), Erzwingbarkeit (durch Vertragsstrafen), Erlöschen derselben, Vergütung für die einzelnen Leistungen und endlich Fassung der Aktienurkunde unter Berücksichtigung der bereits hervorgetretenen Meinungsverschiedenheiten besprochen.

2. Fuld a. a. O.: Die Leistungen aus § 212 können auch einen rein persönlichen Charakter haben, in Dienstleistungen jeder Art bestehen; sie brauchen nicht Naturallieferungen zu sein.

3. a) OLG. **2** 232, Goldschmidts Z. **51** 231, Bauers Z. **8** 177 (KG.): Nach dem Statut einer AG. war die Einziehung von Aktien gestattet, sobald ein Aktionär aus dem Bunde der Landwirte austritt. Ein auf diese Bestimmung gegründeter Ausschließungsbeschluß wurde auf die Klage des betroffenen Aktionärs mit folgender Begründung für ungültig erklärt:

In dem Statute kann der Erwerb von Namensaktien von dem Nachweis abhängig gemacht werden, daß der Erwerber einem bestimmten Verein angehöre; dagegen ist es eine unzulässige Nebenleistung, zu verlangen, daß der Aktionär während der Dauer seines Aktienbesitzes Mitglied eines bestimmten Vereins bleiben solle. Die nach § 212 auflegbaren Nebenleistungen sind auf Gegenstände unzweifelhafter Bedürfnisse einzelner Produktionszweige beschränkt. Die in Abs. 2 § 212 zugelassenen Vertragsstrafen umfassen nicht auch die Kaduzierung von Aktien.

b) Das **RG.** **49** 77, SeuffA. **57** 108, JW. **01** 754, Holdheims MSchr. **10** 289, SächsA. **11** 715, ZAktWes. **12** 25, DJZ. **00** 561 kam zu demselben Ergebnisse mit folgender abweichender Begründung: Die in einem Aktienstatute getroffene Bestimmung, daß die Generalversamlung befugt sein solle, einen Aktionär nach freiem Ermessen oder unter bestimmten Voraussetzungen (z. B. Austritt aus dem Bunde der Landwirte) durch Zahlung des Nominalbetrags seiner Aktien auszuschließen, ist ungültig, denn: die AG. verfolgt ihrem Wesen nach nur solche Zwecke, die durch Vermögen oder vermögensrechtliche Leistungen erreicht werden können, und ist nicht auf die Vereinigung von Personen zu bestimmten individuellen, nur von bestimmten Einzelpersonen zu erreichenden Zwecken angelegt; daher sind auch, von wenigen auf Formgründen beruhenden Ausnahmen abgesehen, keine Vorschriften über Mitgliederausschluß vorgesehen.

c) OLG. Hamburg, HansGerZ. **00** Hauptbl. 59: Den Aktionären kann nicht als solchen die Verpflichtung auferlegt werden, sich für ihre Zahlungen der Vermittlung der AG. zu bedienen. Art. 219 (jetzt § 211) steht einer solchen (vermögensrechtlichen) Verpflichtung entgegen.

3. Rießer, Neuerungen 105: Die Verpflichtung zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen kann nur in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag auferlegt werden.

4. **RG. 48** 102, JW. **01** 367, Bauers Z. **8** 271, DJZ. **01** 285, R. **01** 318, Holdheims MSchr. **10** 168: Aus §§ 212, 276 folgt, daß neben den Kapitaleinlagen den Aktionären als solchen eine Verpflichtung zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen, wenn sie nicht im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage vorgesehen war, nur durch eine nachträgliche, mit Zustimmung aller beteiligten Aktionäre getroffene Abänderung des Gesellschaftsvertrags auferlegt werden kann. Die vor dem 1. 1. 00 errichteten Rübenzuckeraktiengesellschaften können daher nur bei Einstimmigkeit die Rübenlieferungspflicht zu einer Pflicht der Aktionäre als solcher machen, da nach altem Rechte entsprechende Festsetzungen in den Gesellschaftsverträgen nicht nach Aktienrecht, sondern als besondere, zwischen Aktionär und Gesellschaft geschlossene Verträge zu beurteilen wären.

5. Über eine vor dem 1. 1. 00 statuierte Rübenlieferungspflicht vgl. **RG.** JW. **03** 349, Holdheims MSchr. **12** 249, R. **03** 556, Bauers Z. **11** 35, **RG.** JW. **03** 342, **RG.** JW. **03** 348, R. **03** 580, DJZ. **03** 549.

Literatur: Biberfeld, ZAktWes. **10** 218. — Deneke, Der Erneuerungsschein, Jherings J. **42** 352. — Fuld, Dividenden im Konkursverfahren, ZAktWes. **12** 260; vgl. auch Literatur vor § 210.

**§ 213.** 1. Über Rückforderung der Einlagen und Ersatzansprüche vgl. Nr. **1** u. 3 zu § 189, Nr. 3 vor § 210.

2. Biberfeld a. a. O.: Im Gesellschaftsvertrage kann festgestellt werden, daß die Aktionäre für eine gewisse Zeit oder alle Zukunft eine Dividende nicht erhalten sollen. Ebenso kann eine solche Festsetzung im Wege der Statutenänderung getroffen werden (in letzterem abweichend und Einstimmigkeit verlangend Lehmann, AbürgR. **9** 376 ff.).

3. Dividende im Konkurse. Sievers, DJZ. **03** 85: Der Aktionär kann die durch die Generalversammlung festgesetzte Dividende, auch wenn sie erst nach der Konkurseröffnung über das Vermögen der Gesellschaft fällig wird, als Konkursgläubiger anmelden. Gegen eine solche Anmeldung wird dem Konkursverwalter nur der Einwand aus § 217 HGB. zustehen, daß die Dividende den Vorschriften des Gesetzes zuwider berechnet sei, während spätere Verluste den an sich ordnungsmäßig festgestellten Gewinn nicht berühren können. Vgl. **RG. 22** 113, **37** 64.

4. Fuld a. a. O.: Der Anspruch auf die festgesetzte Dividende ist anders, wie der auf die Auszahlung des Anteils am Gesellschaftsvermögen, Gläubigerrecht und kann daher im Konkurse der AG. geltend gemacht werden. Die AG. kann dem Aktionär diesen Anspruch durch einen den Festsetzungsbeschluß abändernden Beschluß der Generalversammlung nicht entziehen; auch wird für die Dividende ein Dividendenschein ausgestellt, der als Inhaberpapier ein von dem Mitgliedschaftsrechte des Aktionärs losgelöstes selbständiges Recht darstellt.

**§ 214.** Vgl. Note 1 d vor § 210.

Literatur: Biberfeld, ZAktWes. **10** 122, 177.

**§ 215.** Abs. 2. 1. a) Rießer, Neuerungen 97: Bauzinsen, die im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage nicht vorgesehen sind, können durch einen nachträglichen, den Gesellschaftsvertrag abändernden Beschluß der Generalversammlung nicht neu aufgenommen werden. Die Zahlung von Bauzinsen (z. B. bei Erhöhung des Grundkapitals) kommt, insoweit ein Reingewinn nicht erzielt ist, der Rückzahlung des Grundkapitals gleich; der Beschluß würde also gegen zwingende, im Interesse der Öffentlichkeit und der Gläubiger erlassene Normen verstoßen. Zudem läßt das Gesetz Bauzinsen nur für die Vorbereitungsstadien des von der Gesellschaft bei ihrer Gründung betriebenen Unternehmens zu. Ähnlich Staub Anm. 7.

b) Biberfeld a. a. O.: Der Anspruch auf Bauzinsen kann durch die Generalversammlung weder geschmälert noch entzogen werden.

2. OLG. Stuttgart, WürttZ. **13** 47: Die Aktiengesellschaft ist nicht berechtigt, den ursprünglich für Gewährung von Bauzinsen festgesetzten Zeitraum im Wege der Statutenänderung beliebig zu verlängern.

3. KGJ. 20 A 41 (KG.), R. **00** 377, Goldschmidts Z. **51** 232, OLG. **1** 358: Es ist unzulässig, durch Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung, bei Erhöhung des Grundkapitals, den neuen Aktionären Bauzinsen zu gewähren.

Gegen diesen Beschluß ZAktWes. **10** 177: Die geschichtliche Entwickelung spricht gegen diese Einschränkung. Es ist unrichtig, zu behaupten, daß in den Bauzinsen eine Kapitalszurückzahlung liegt. In den Fällen, wo nach dem Gegenstande des Unternehmens überhaupt eine Bauzinszahlung zulässig ist (insb. Eisenbahnbauunternehmungen, Bauten von Fabriken), stellt das vollendete Ganze den Wert des aufgewendeten Kapitals und der Zinsen dar.

Keyßner, Goldschmidts Z. a. a. O. sagt in einer Anmerkung zu der Entscheidung, unter Hervorhebung der Verhältnisse bei Eisenbahn-AG.en, daß in der Rechtsprechung folgender Satz zur Anerkennung gelange: „Bei Grundkapitalserhöhung zur Erweiterung des bestehenden oder Herstellung eines neuen Unternehmens können für die neuen Aktien Zinsen von bestimmter Höhe mit fester Zeitbegrenzung, welche den Anfang des vollen Betriebs nicht überschreiten darf, bedungen werden."

**§ 216.** Sievers, DJZ. **03** 85: Einen Anspruch auf Vergütung für wiederkehrende Leistungen kann der Aktionär als Konkursgläubiger im Konkurse der Aktiengesellschaft geltend machen.

**§ 217.** 1. Rießer, Neuerungen 100: Unter Abs. 1 fallen auch die Bauzinsen.

2. Goldstein, Hirths Ann. **34** 745: Abs. 2 ist analog in den übrigen Fällen anzuwenden, wo die Gesellschaftsgläubiger einen unmittelbaren Anspruch gegen die Aktionäre, den Vorstand oder Aufsichtsrat der AG. haben.

**§ 219.** 1. Biberfeld, Zur Lehre von der Kaduzierung, ZAktWes. **10** 289 ff.: Das Kaduzierungsverfahren muß nach dem Grundsatze, daß alle Aktionäre gleich zu behandeln sind, gegenüber allen Personen durchgeführt werden, die sich in dem gleichen Falle des Verzugs befinden. Es kann nur wegen Rückstand der Einzahlungen, nicht auch anderer Einlagen eingeleitet werden. Gleichgültig ist, aus welchem Grunde die Einzahlung unterblieb (292).

In der Zahlungsaufforderung müssen die Namen der Aktionäre oder die Nummern der Aktien, die beteiligt sind, angegeben werden; a. A. Staub Anm. 3. Ähnlich die Verhaltserklärung. Diese trifft nicht die Aktionäre, die zwar nach der Verhaltzeit, aber vor der Veröffentlichung der Verhaltserklärung geleistet haben (293).

Die Gesellschaft darf die neu ausgestellte Aktie nicht in ihrem Portefeuille behalten, sondern muß sie wirklich ausgeben und zwar zum Börsenpreis oder in Ermangelung eines solchen dem Meistbietenden verkaufen (294).

Eine auf Grund eines unwirksamen Kaduzierungsverfahrens ausgegebene neue Aktie ist wirkungslos (294); so auch Pinner Note IV 3, Staub Anm. 5; Cosack (5) 639 will sowohl der neuen, wie der alten Aktie Mitgliedsrechte beilegen.

2. OLG. **1** 435 (KG.), ZAktWes. **10** 290, Bauers Z. **8** 76: Die Bekanntmachungen müssen so gefaßt sein, daß jeder Aktionär ersehen kann, ob er von dem Verfahren betroffen wird, oder nicht. Eine Bekanntmachung, daß diejenigen Aktien, auf die eine Nachzahlung nicht erfolgt sei, ihres Mitgliedsrechts verlustig seien, genügt nicht.

Die Ausschlußerklärung muß sich unmittelbar an den Fristablauf an-

schließen. Das Interesse der betroffenen Aktionäre, wie der Schutz des redlichen Verkehrs erheischen eine ununterbrochene Erledigung des Verfahrens.

Literatur: Biberfeld, Recht des Aktionärs zur Aufrechnung einer Gegenforderung mit Ansprüchen der AG., ZAktWes. **10** 33. — Aufrechnung von Forderungen der Aktionäre auf ihre Leistungspflichten gegenüber der Gesellschaft, ZAktWes. **13** 183.

**§ 221.** 1. a) Biberfeld: Aus Satz 2 ist mit arg. e contr. zu entnehmen, daß bei anderen Verpflichtungen, z. B. zur Zahlung von Zinsen oder Vertragsstrafen, der Aktionär aufrechnen kann. Ferner, daß mit Zustimmung der AG. Aufrechnung auch sonst zulässig ist, es sei denn, daß das Gesetz ausdrücklich wie im § 195[2] Barzahlung vorschreibt. Doch ist ein Vertrag, nach dem künftig fällig werdende Zahlungen des Aktionärs kompensiert werden sollen, mit dessen künftig fällig werdenden Forderungen als unzulässige Befreiung von der Barzahlung nichtig (35); so auch Pinner Anm. II.

b) ZAktWes. **13** 183: Auch die Verpflichtung, Zinsen, Vertragsstrafen und auch Schadensersatz zu leisten, darf einseitig aufgerechnet werden. Des weiteren können die Gesellschaft und der Aktionär nach Fälligkeit ihrer gegenseitigen Ansprüche vertragsmäßig aufrechnen. Endlich ist es zulässig, daß die Einzahlungspflicht des Aktionärs in der Weise getilgt wird, daß die Aktien an andere Personen gegeben werden, welche durch Zahlung des entsprechenden Kapitalbetrags oder durch Aufrechnung dieses Betrags gegen eine Schuld der Gesellschaft die Einlageverpflichtung des Aktienzeichners erfüllen.

2. Rechtsprechung. **RG.** JW. **01** 755, BankA. **1** 103, Holdheims MSchr. **10** 288, Bauers Z. **9** 106, SeuffA. **57** 70: Ein Aktionär einer AG. kann die Einzahlung auf die von ihm gezeichneten Aktien, wenn die AG. damit einverstanden ist, auch in der Weise bewerkstelligen, daß er die Aktien an dritte Personen gehen läßt, die durch Zahlung des entsprechenden Kapitalbetrags oder durch Aufrechnung dieses Betrags gegen die ihnen an die AG. zustehenden Forderungen für Lieferungen die Einlageverpflichtung des Aktionärs erfüllen.

Der Vereinbarung, daß an Stelle barer Zahlung die Aufrechnung fälliger Forderungen dieser Dritten gegen die AG. zugelassen werde, steht auch nicht § 221 entgegen, da dieser nur das einseitige Aufrechnungsrecht des Aktionärs ausschließt.

3. **RG.** R. **03** 434: Unzulässig ist eine Vereinbarung des Inhalts, daß in Anrechnung auf 304 000 Mark gezeichneter Aktien ein Recht auf z. B. Verwertung eines Patents in die Gesellschaft eingebracht werden soll. Darin liegt eine Umgehung der Vorschriften über die qualifizierte Gründung und ein Verstoß gegen § 221.

Literatur: Kostanecki, Das Aktienindossament. Berlin 1900. — Meili, Die private Aktiensperrung, Holdheims MSchr. **9** 1.

**§ 222.** **RG.** Holdheims MSchr. **11** 268: Enthält das Statut folgende Bestimmungen: „Die Übertragung einer Aktie von seiten des Inhabers an einen Dritten bedarf der Zustimmung des Vorstandes. Im Falle des Ablebens eines Aktieninhabers . . . ist der Vorstand, wenn er seine Zustimmung zu der Übertragung der Aktien an die Erben nicht erteilen will, verpflichtet, die Aktien gegen Entrichtung des wahren Wertes für die Gesellschaft zu verwerten", und will der Vorstand den Erben die Zustimmung nicht erteilen, so muß er sein Recht alsbald nach erlangter Kenntnis von dem Erbfall ausüben; anderenfalls wird das Aktionärrecht der Erben unanfechtbar.

Literatur: ZAktWes. **11** 89: Erwerb eigener Aktien. — Bauers Z. **9** 221: Der Erwerb eigener Aktien seitens der Gesellschaft, die von einem Aktionär zwecks Beseitigung einer Unterbilanz, aber nicht zur gleichzeitigen Vernichtung überlassen werden. Andere mit

dieser Maßnahme zusammenhängende Rechtsfragen. — Bauers Z. **10** 102: Aus welchem Grunde kann eine AG. eigene Aktien besitzen? ➵ eine Zusammenstellung der möglichen Fälle. ⇠ Jacobson, Der Rückkauf von Aktien über pari, Holdheims MSchr. **11** 148.

**§ 226.** 1. ZAktWes. **11** 89 ff.: § 226 soll verhindern, daß die Gesellschaft mit ihren eigenen Aktien spekuliert. Als eine Ausnahmebestimmung ist er strikt zu interpretieren.

Verboten sind Report- und Deportgeschäfte mit eigenen Aktien, gestattet Annahme auf Grund einer Schenkung und letztwilligen Verfügung, oder an Zahlungsstatt (92).

Verboten ist nur vertragsmäßige Pfandnahme, nicht Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts (93), nicht Hinnahme als Kaution (94), denn diese erfolgt nicht im regelmäßigen Geschäftsbetriebe.

Zur Wiederveräußerung eigener Aktien ist die Gesellschaft nicht verpflichtet (94). Die eigene Aktie ist, solange sie im Besitze der Gesellschaft sich befindet, nicht wertlos (wie Cosack (5) 636 lehrt), sondern der Eigentümerhypothek vergleichbar; ein Aktivum, aus dem die AG. die Dividende bezieht, ohne allerdings Stimm- uud Anfechtungsrecht ausüben zu können (95).

Literatur: Reisch, Aktienkapitalsherabsetzungen im allgemeinen und Aktienamortisationen bei heimfälligen Unternehmungen im besonderen. Grünhuts Z. **28** 717 ff. — Jacobson, s. zu § 226. — Biberfeld, ZAktWes. **10** 146.

**§ 227.** 1. Reich: Bei AG.en, deren Hauptaktiva im Laufe der Zeit ihren Wert einbüßen, sei es durch Ausbeute (Bergwerke) oder Zeitablauf (Eisenbahn-, Elektrizitätsgesellschaften u. a., die ihre Anlagen nach gewisser Zeit Dritten unentgeltlich überlassen müssen), sog. heimfällige Unternehmungen, muß beizeiten für die Rückzahlung des Grundkapitals oder Beschaffung von Fonds, die dereinst zur Rückzahlung dienen können, vorgesorgt werden.

Die Amortisation kann nicht nach § 227, sondern muß unter Beobachtung des § 288 erfolgen. § 227 verlangt Rückerwerb aus dem Gewinne; sie ist nicht zulässig aus Quoten des Ertrags; um solche würde es sich hier handeln, weil von Gewinn i. S. ordentlicher Buchführung erst gesprochen werden kann, wenn die notwendigen Abschreibungen, darunter die auf Grundkapital, gemacht sind. Die Amortisation durch Ankauf ist nicht mit dem Ankaufe, sondern erst mit der Vernichtung der Aktien durchgeführt. A. A. Staub. Die Absicht, die Aktie zur Vernichtung zu erwerben, ist rechtlich bedeutungslos. Solange sie existiert, ist die Aktie Wertträger und kann jederzeit wieder in Verkehr kommen (230).

2. Biberfeld a. a. O.: „Ankauf" am Ende des Abs. 1 ist im weitesten Sinne auszulegen und umfaßt jede Art freiwilliger Hingabe durch den Aktionär. Das Gesetz wollte nur verhindern, daß einem Aktionäre wider seinen Willen das Mitgliedsrecht entzogen werden kann.

3. Jacobson a. a. O.: Enthält das Statut eine Bestimmung: „die Gesellschaft ist berechtigt, Aktien über pari zurückzukaufen", so darf das Agio nicht zu Lasten des Grundkapitals oder Reservefonds, sondern nur zu Lasten freiwilliger Reserven gezahlt werden. Ein Generalversammlungsbeschluß, daß das Agio dem neuen Geschäftsjahre zur Last fallen soll, ist unzulässig, denn er verkürzt den den Aktionären im § 213 zugesicherten Anspruch auf den Reingewinn.

**§ 228.** Literatur: Biberfeld, Abhanden gekommene und vernichtete Aktien. ZAktWes. **9** 154 ff.

**§ 230.** Über Talons vgl. JDR. **1** Nr. 2 zu § 807 BGB.

## Dritter Titel.

## Verfassung und Geschäftsführung.

Literatur: Lehmann, Die Vertretungsmacht des Vorstandes einer AG. BankA. 1 143. — Die Stellung des Vorstandes einer AG. im Prozesse. ZAktWes. 10 265. — Die persönliche Haftung des Gesellschaftsvorstandes für Gewerbekontraventionen. ZAktWes. 10 7. — Der Vertrag zwischen Vorstand und Gesellschaft. ZAktWes. 11 25. — Vom Abschluß und der Vollziehung des Anstellungsvertrags des Vorstandes durch den Aufsichtsrat. Bauers Z. 10 98. — Die vorzeitige Entlassung des Vorstandes. ZAktWes 11 49. — Welche Krankheitsdauer des Direktors berechtigt zur Aufhebung des Dienstverhältnisses? Bauers Z. 9 97. — Die gesetzliche Kündigungsfrist für Vorstandsmitglieder nach dem BGB. Bauers Z. 8 49. — Ein grundlos entlassener und Entschädigung fordernder Direktor darf den angebotenen Wiedereintritt in seine Stellung ablehnen. Bauers Z. 10 266. — Der Anspruch eines Vorstandsmitglieds auf Beschäftigung. Bauers Z. 8 146. — Die Gewährung von Geschenken durch den Vorstand. Bauers Z. 8 265. — Von der Pflicht des Vorstandes, den Aufsichtsrat freiwillig von wichtigen Vorkommnissen zu unterrichten. Bauers Z. 10 3. — Der sachkundige Vorstand und der sachunkundige Aufsichtsrat. Die Haftung des Vorstandes aus der Vollziehung der ihm vom Aufsichtsrat erteilten Befehle, das. 10 169. Über die Grenzen des Befehlsrechts des Aufsichtsrats gegenüber den Vorstandsmitgliedern, das. 8 73. — Hat der Vorstand als solcher das Recht, wider Willen des Aufsichtsrats an der Generalversammlung teilzunehmen? das. 241. — Für den nicht genommenen vertraglichen Urlaub kann ein Vorstandsmitglied keine Entschädigung beanspruchen, das. 3. — Angestellte: Die Verteilung von Gratifikationen unter die Angestellten der Gesellschaft. ZAktWes. 10 302. — Ist das Personal von AG.en verpflichtet, den Aufsichtsrat auf Pflichtwidrigkeiten des Vorstandes aufmerksam zu machen? Bauers Z. 9 218. — Vgl. auch die Literaturangaben vor den folgenden Paragraphen und Schloßmann, Organ und Stellvertreter, Iherings J. 44 289. — Preuß, Stellvertretung und Organschaft, das. 429.

**§ 231.** 1. Vorstand einer Zweigniederlassung?

a) Denzler, Filiale: Der Vorstand der Aktiengesellschaft ist als solcher auch Leiter der Filiale. Gegenüber der Gesellschaft ist selbstverständlich eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Vorstandes, bzw. auch der einzelnen Vorstandsmitglieder zulässig; Dritten gegenüber hat jedoch das Gesetz die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht des Vorstandes ausgesprochen. Auch die Beschränkung auf den Geschäftsbetrieb einer von mehreren Handelsniederlassungen ist nach außen wirkungslos, da eine dem § 126 Abs. 3 analoge Bestimmung für die AG. nicht existiert. Ein sog. Filialvorstand, dessen Vollmacht auch nach außen sich bloß auf die Geschäftstätigkeit der Filiale erstrecken würde, ist daher nicht zulässig (300f.). Dagegen gestattet das Aktiengesellschaftsrecht unter den Voraussetzungen des § 50 Abs. 3. die Erteilung einer speziellen Niederlassungsprokura (303).

b) KGJ. **24** A 59 (KG.), Goldschmidts Z. **51** 245, R. **00** 377, — OLG. Hamburg, Holdheims MSchr. **9** 173, R. **00** 331, Gruchots Beitr. **44** 891, OLG. **1** 188, RJA. **1** 67, EBlFrG. **1** 185, DJZ. **00** 488, Bauers Z. **8** 2, **9** 50, — OLG. Darmstadt, Bauers Z. **10** 123: Es ist unzulässig, Personen, die nicht zum Vorstande des Aufsichtsrats gehören, als Vorstand einer Zweigniederlassung im Handelsregister einzutragen, da die AG. nur einen Vorstand hat und der Zweigniederlassung die eigene Rechtspersönlichkeit fehlt.

2. Das Verhältnis zwischen Vorstand und Gesellschaft.

a) Die vertraglichen Beziehungen im allgemeinen. Vgl. auch 6γ zu § 237.

α. ZAktWes. **11** 25 ff.: Die Bestellung des Vorstandes kann nur durch ein Gesellschaftsorgan erfolgen; durch welches, bestimmt das Statut (26).

Die Kündigung des Verhältnisses zwischen Gesellschaft und Vorstand hat von dem Organ auszugehen, dem die Bestellung des Vorstandes obliegt (28). Dies gilt auch dann, wenn das Gericht infolge Unterlassens der Bestellung durch

das dazu berufene Organ den Vorstand bestellt hat (28). Hat der Vorstand Kooptationsbefugnis, so steht die Kündigung der Generalversammlung zu (das.).

Das Verhältnis zwischen Vorstand und Gesellschaft ist nicht als Dienstverhältnis eines kaufmännischen Angestellten, auch nicht als Dienstmiete nach BGB. zu beurteilen, wennschon Analogien vorkommen. Auch die Parallele mit der Stellung der o. Handelsgesellschafter zur Firma trifft nicht ausnahmslos zu, da dem Vorstande nicht alle Freiheiten des Prinzipals zugestanden werden können (29).

β. ZAktWes. **11** 25 ff., 49 ff.: Eine Person kann gleichzeitig als Vorstand und durch einen Engagementsvertrag mit einer AG. in Beziehung stehen. Die aus beiden Verhältnissen entstehenden rechtlichen Stellungen sind voneinander zu trennen (25 ff.) Dies gilt insbesondere für die vorzeitige Beendigung der Rechtsbeziehungen. Die Auflösung des Anstellungsverhältnisses richtet sich nach allgemeinen Rechtsregeln. Die Bestellung zum Vorstande kann nach § 231³ jederzeit widerrufen werden. Der Widerruf erfolgt durch das Organ, dem die Berufung zusteht, doch ist auch der Aufsichtsrat und die Generalversammlung zu ihm befugt (50 f.). Letztere sind allein dazu berechtigt bei den durch den Richter bestellten oder den kooptierten Vorstandsmitgliedern.

Der Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung ist davon abhängig, ob der Widerruf zu Recht erfolgt ist, oder nicht (52). Zur Beantwortung dieser Frage kann man § 72 HGB. heranziehen; doch darf man nicht vergessen, daß von einem Vorstandsmitglied in mancher Hinsicht (z. B. Vertrauenswürdigkeit) mehr, in anderer weniger (Einhaltung von Geschäftszeit) als von einem Handlungsgehilfen verlangt werden kann (52 f., woselbst Einzelheiten über diese Fragen zu finden sind).

b) Befugnisse des Vorstandes.

α. Anspruch auf Beschäftigung.

Bauers Z. 8 146: Läßt die AG. das Vorstandsmitglied die Tätigkeit, zu welcher dieses vertragsmäßig berufen ist, nicht ausüben, so liegt, auch wenn die Vergütung weitergezahlt wird, für jenes ein wichtiger Kündigungsgrund nach § 626 BGB. vor; vgl. auch Bauers Z. **10** 121 in Nr. 3b zu § 232, Nr. 5b zu § 243.

β. Teilnahme an der Generalversammlung.

Bauers Z. **10** 241: Der Vorstand einer AG. als solcher, der nicht zugleich ihr Aktionär ist, ist nicht berechtigt, an der Generalversammlung teilzunehmen; die Generalversammlung, nicht der Aufsichtsrat kann ihm durch förmlichen Beschluß die Anwesenheit untersagen. Die in den §§ 260², 253¹, 271 dem Vorstande gegebenen Rechte und Pflichten stehen dieser Auffassung nicht entgegen, da sie nicht die Anwesenheit des Vorstandes voraussetzen.

γ. Befugnis zu liberalen Zuwendungen.

ZAktWes. **10** 109: Der Vorstand hat, vorbehaltlich abweichender Bestimmungen im Statute, nur insoweit ein Recht zu liberalen Zuwendungen aus dem Gesellschaftsvermögen, als es sich um durch sittliche Pflicht oder Anstandsrücksichten gebotene Zuwendungen handelt und hierbei nicht die Grenze überschritten wird, welche ein ordentlicher Geschäftsmann bei Anwendung pflichtmäßiger Sorgfalt würde eingehalten haben. Andere liberale Zuwendungen darf er, bei Vermeidung der Schadensersatzpflicht, nicht vornehmen, da er nicht berechtigt ist, über das Gesellschaftsvermögen zu Zwecken zu verfügen, die dem Gesellschaftszwecke fremd sind.

Bauers Z. 8 264: Der Vorstand ist zu geschäftsüblichen Geschenken, deren Gewährung im Interesse der AG. liegt, berechtigt, muß sich aber Belege ausstellen lassen.

δ. Urlaub.

Bauers Z. 10 3: Steht einem Vorstandsmitgliede nach dem Anstellungsvertrag ein vierwöchiger Urlaub zu, so ist er gleichwohl nicht berechtigt für nicht genommenen vertraglichen Urlaub eine Entschädigung zu fordern.

c) Pflichten des Vorstandes.

α. Verhältnis zum Aufsichtsrate.

αα. Bauers Z. 10 266: Ist in dem Statute bestimmt, daß der Vorstand den Weisungen des Aufsichtsrats Gehorsam entgegenbringen muß, so ist der Aufsichtsrat nicht an die Bestimmung in einem von einem früheren Aufsichtsrate mit dem Vorstande geschlossenen Anstellungsvertrage gebunden, wonach der Vorstand von dieser Pflicht befreit sein soll.

ββ. Bauers Z. 10 169: Findet der Direktor, daß ein ihm vom Aufsichtsrat erteilter Auftrag nur unter Verletzung der ihm nach § 241 obliegenden Sorgfalt ausgeführt werden und zum Nachteile der Gesellschaft oder dritter Personen ausschlagen könnte, so erscheint seine Ablehnung voll begründet. Ist er durch das Statut dem Aufsichtsrate zur Folgsamkeit verpflichtet, so ist er der Gesellschaft gegenüber gedeckt, wenn er sich nach dem Aufsichtsrate richtet; Dritten bleibt er schadensersatzpflichtig. Vgl. hierzu Nr. 3 zu § 235.

γγ. Bauers Z. 8 73: Die Vorstandsmitglieder brauchen nur solche Weisungen zu respektieren, welche der Aufsichtsrat mit Bezug auf geschäftliche Verhältnisse oder Angelegenheiten der AG. erlassen hat. Dagegen überschreitet der Aufsichtsrat seine Kompetenzen, sofern er mit seinen Instruktionen in die persönlichen und Privatverhältnisse eines Vorstandsmitglieds einschreiten will, z. B. Rücknahme einer Beleidigungsklage bei Vermeidung sofortiger Entlassung verlangt.

β. Über die Verpflichtung des Vorstandes, sich vor Ergreifung kostspieliger, riskanter Unternehmungen der Einwilligung der Generalversammlung zu versichern und Haftung bei Verletzung dieser Pflicht s. zu § 241 Nr. 4.

d) Beendigung des Verhältnisses.

α. Welches Gesellschaftsorgan ist zur Kündigung berechtigt?

OLG. 2 462 (Hamburg), R. 01 390, 496, ZAktWes. 11 213, Bauers Z. 8 242: Das Statut kann nach § 182 Ziff. 4 die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes beliebig regeln. Hat es aber die Wahl des Vorstandes dem Aufsichtsrat übertragen, so ist die Generalversammlung nicht befugt, die Kündigung dem Vorstande gegenüber auszusprechen. Die ausschließliche Befugnis, zu kündigen und zu entlassen, steht dem Organe zu, dem die Bestellung obliegt.

β. Wichtiger Grund zur Kündigung.

αα. Für die Gesellschaft.

Bauers Z. 10 97: Es ist nach den persönlichen Verhältnissen des Erkrankten und den sachlichen Verhältnissen der AG. zu beurteilen, welche Krankheitsdauer nach § 626 BGB. als wichtiger Grund zur Aufhebung des Anstellungsverhältnisses berechtigt. Kann die persönliche Arbeitskraft nicht ohne Nachteil für das Geschäft entbehrt werden, dürfte dreimonatiges Fernbleiben genügen, sonst sechsmonatiges (s. daselbst auch Ausführungen wegen der Dienstbezüge).

ββ. Für den Vorstand.

Bauers Z. 8 169 erkennt als wichtige Gründe für sofortige Amtsniederlegung an:

1) Geldnot der Gesellschaft, welche auf einen Gründungsfehler zurückzuführen und voraussichtlich nie zu beheben ist. Dem Direktor werden dadurch zahlreiche Demütigungen zugemutet, die zu einer Beeinträchtigung seiner sozialen Stellung führen.

2) Wechselfälschungen seitens des zweiten, nur zur Kollektivvertretung berechtigten Vorstandsmitglieds. Auch der ehrliche Teil kommt dadurch in den Ruf der Unehrlichkeit. —

Bauers Z. **10** 265: Der Schadensersatzanspruch eines zu Unrecht entlassenen Vorstandsmitglieds wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß es den angebotenen Wiedereintritt in seine Stellung ablehnt.

3. Die Stellung des Vorstandes nach außen.

a) Im Prozesse.

α. ZAktWes. **10** 265 ff.: Der Vorstand vertritt die AG., wenn sie Recht nehmen oder geben soll, soweit das Gesetz nicht Ausnahmen aufstellt. Solche finden sich in den §§ 247 [1] (wo vorausgesetzt ist, daß sämtliche Vorstandsmitglieder als klagende oder beklagte Partei fungieren), 268, 272 (267). Das Statut kann ferner noch weitere Ausnahmen festsetzen (267), z. B. anordnen, daß der Vorstand bei Objekten über 300 M. die Genehmigung des Aufsichtsrats einzuholen hat.

Will der Vorstand gegen die Gesellschaft klagen, so wird diese durch den Aufsichtsrat vertreten. Da dieser aber zur Entgegennahme von Zustellungen für die AG. nicht ermächtigt ist, wird der Vorstand entsprechend § 29 BGB. die Ernennung eines Zustellungsbevollmächtigten durch den Registerrichter erwirken müssen (268).

β. Über die Verpflichtung des Vorstandes zur Eidesleistung (§§ 473 ff. ZPO.) vgl. a. a. O. 268 f. Der Vorstand ist zur Eidesleistung verpflichtet, wenn nicht hinlängliche Gründe für die Ablehnung gegeben sind. Der Vorstand hat, soweit nicht die eigenen persönlichen Handlungen oder Wahrnehmungen „nur einiger oder eines der Vertreter" in Frage kommen, in seiner Gesamtheit den Eid zu leisten. Der Prokurist als gewillkürter, nicht gesetzlicher Vertreter ist nie zur Eidesleistung zuzulassen (269). Als Zeugen können die Vorstandsmitglieder im Gesellschaftsprozesse nie vernommen werden, da sie in die Lage kommen können, Parteieide zu leisten (270). Hierzu vgl. auch die inhaltlich ZAktWes. **10** 197 mitgeteilte Entscheidung des RG. vom 30. Juni 1900; JW. **00** 622; s. auch JDR. **1** § 373 ZPO. 2 d.

γ. **RG. 46** 319: Die vertretungsberechtigten Mitglieder des Vorstandes können nicht als Zeugen vernommen werden, sie haben gegebenenfalls die Parteieide zu leisten.

b) ZAktWes. **11** 7: Nach dem Urteile des RG. vom 3. Mai 1900 erscheint als Gewerbetreibender der AG. im Sinne der Gewerbeordnung der Vorstand der AG.

c) KGBl. **11** 89 (KG.), ZAktWes. **11** 19: Zur Legitimation der Vorstandsmitglieder einer AG. in Grundbuchsachen genügt die Vorlegung einer notariell beglaubigten Abschrift des Firmenzeugnisses.

4. Allgemeines.

a) Sievers, DJZ. **03** 85: Wo eine rechtswidrige Handlung des Vorstandes zu einer Bereicherung der AG. geführt hat, kann dem benachteiligten Aktionär auch im Konkurs ein Anspruch gewährt werden.

b) Karlsruhe, Bauers Z. **8** 171: Aus § 231, der nur für das Gebiet des Zivil- und Handelsrechts gilt, darf eine Verantwortung des Vorstandes für strafbare Handlungen nicht abgeleitet werden.

c) **RG.** ZAktWes. **13** 40: Ein Vorstandsmitglied, das sich in seiner amtlichen Eigenschaft eine Unterlassung hat zuschulden kommen lassen, wegen deren ein Strafverfahren gegen es eingeleitet worden ist, welches mit seiner Freisprechung geendet hat (Nichtverstempelung einer Urkunde), kann nicht nachträglich, zur Ver-

antwortung gezogen werden, weil es auch in seiner Eigenschaft als Aktionär beteiligt war.

Literatur: Etwas vom Rechte der kollektiv zeichnenden Vorstandsmitglieder auf die eingehenden Postsendungen. Bauers Z. 8 99. — Die widersprechenden Erklärungen zweier Direktoren, die das Recht der Einzelvertretung haben, das. 145. — Erlangt durch das Ausscheiden des einen Kollektivvertreters der zurückbleibende Vorsteher das Recht der Aktienzeichnung, wenn nach dem Statute die AG. auch durch den einzigen Direktor rechtsgültig vertreten wird? das. **10** 193. — Weber, Vertretungsbefugnisse der Prokuristen und der Vertreter von HG.en gegenüber dritten Personen, RheinNotZ. **33** 74. — Das Rechtsverhältnis zwischen Direktor und Prokurist, die beide gemeinschaftlich zeichnen müssen. Bauers Z. **9** 193. — Die Besorgung der Geschäftsführung durch den einen Direktor und den Prokuristen unter Ausschluß des anderen kollektiv zeichnenden Direktors. Bauers Z. **10** 121. — Bondi, Kann ein vertretungsberechtigter Prokurist im Sinne von § 232 Abs. 2 HGB. in einem Prozesse der von ihm vertretenen Gesellschaft als Zeuge vernommen werden? SächsA **12** 12. — Keyßner, Vertretungsmacht eines Gesellschafters oder des Vorstehers einer AG. mit einem Prokuristen. R. **00** 392.

**§ 232.** 1. Allgemeines. ZAktWes. **12** 223: a) Ist im Gesellschaftsvertrage Kollektivvertretung vorgesehen, so ist als Wille des Gesetzgebers anzunehmen, daß die im § 232 Abs. 1 vorgesehene Substitutionsmöglichkeit nur als Ausnahme und für verhältnismäßig untergeordnete Fälle eintreten solle.

b) Bauers Z. **10** 193: Ist in dem Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß die AG. durch ein Vorstandsmitglied vertreten wird, und wenn der Vorstand aus mehreren Personen besteht, durch das Zusammenwirken von zwei Vorstandsmitgliedern oder einem Vorstandsmitglied und einem Prokuristen, und scheidet eines von zwei Vorstandsmitgliedern aus, so ist das übrig bleibende nicht allein zur Zeichnung befugt. Denn es ist als Kollektiv-, nicht als Alleinvertreter bestellt, und das tatsächliche Fortfallen seines Genossen allein vermag hieran nichts zu ändern (§ 234). Bei der entgegengesetzten Entscheidung würde für die AG. der Zwang geschaffen, sich durch ein Vorstandsmitglied vertreten zu lassen, dem das Vertrauen der Alleinvertretung nicht geschenkt worden ist. — Dagegen hat der mit stillschweigendem Geschehenlassen des Aufsichtsrats allein vertretende Kollektivvorsteher rechtlich den Rang eines Handlungsbevollmächtigten.

c) Bauers Z. 8 145: Erkennt der eine von zwei Kollektivvertretern im Gesellschaftsprozesse die Klagforderung an, während der andere sie bestreitet, so ist eine für die AG. wirksame Willenserklärung überhaupt nicht abgegeben.

2. Abs. 1 Satz 2. a) KGJ. **20** A 75 (KG.), OLG. **1** 487, Goldschmidts Z. **51** 244, Gruchots Beitr. **51** 144: Die Vollmacht für ein Mitglied des Kollektivvorstandes zur Vornahme bestimmter Geschäfte in Grundbuchangelegenheiten muß von dem Vorstand als solchem erteilt werden, so daß auch das bevollmächtigte Mitglied bei der Erteilung mitzuwirken hat. Die Vollmacht, welche ein Vorstandsmitglied dem noch vorhandenen zweiten Vorstandsmitgliede zum Abschlusse von Erwerbsverträgen, wenn auch in bestimmten Grenzen erteilt, ist unwirksam. Sie ist nicht Mitwirkung zum demnächstigen Geschäftsabschlusse, sondern ersetzt dieselbe in einer mit dem Grundsatze der Gesamtvertretung nicht vereinbaren Weise.

b) **RG. 48** 57, Holdheims MSchr. **10** 167, JW. **01** 287, SächsA. **11** 73: Die Kollektivvertretung schließt nicht aus, daß eins von zwei Vorstandsmitgliedern dem anderen Handlungsvollmacht erteilt. Die Erteilung kann unter Umständen aus fortgesetzter Duldung der Geschäftsführung geschlossen werden; doch muß der Umfang der Vollmacht erkennbar sein.

Ähnlich OLG. **5** 47 (Hamburg), ZAktWes. **12** 224, Bauers Z. **10** 267 und **RG.** JW. **00** 663, R. **00** 467, Bauers Z. **8** 28.

c) **RG.** JW. **01** 308, ZAktWes. **11** 102, Gruchots Beitr. **46** 135, JW. **01** 308, R. **01** 318, Bauers Z. 8 194: Besteht der Vorstand einer AG. aus zwei

Mitgliedern, welche die Gesellschaft gemeinschaftlich vertreten, so genügt auch die Willenserklärung eines derselben zur rechtsgültigen Vertretung der Gesellschaft, wenn Vollmacht zur Abgabe dieser Willenserklärung oder nachträgliche Genehmigung seitens des anderen vorliegt.

3. Abs. 2. a) Beanstandung der Registeranmeldung, weil der Gesellschaftsvertrag nicht genügend für die Vertretung vorsorge.

KGBl. **11** 78 (KG.), Bauers Z. **8** 51, 172: Der Registerrichter kann ein Statut nicht deshalb beanstanden, weil nach ihm die Möglichkeit offen bleibt, daß diejenigen Mitglieder des Vorstandes, von denen jedes allein die Gesellschaft vertreten darf, fortfallen und von den zur Kollektivvertretung der Gesellschaft berufenen Vorstandsmitgliedern nur ein einziges übrig bleibt, welches alsdann der Mitwirkung eines Prokuristen bedarf. Denn bei diesen entfernt liegenden Vorfällen handelt es sich nur um vorübergehende Zustände, zu deren Beseitigung eingetretenenfalls das Erforderliche zu veranlassen ist.

b) Verhältnis zwischen Vorstandsmitglied und Prokuristen. Bauers Z. **9** 193: Wenn der Direktor auch im allgemeinen der Vorgesetzte des Prokuristen ist, hat dieser doch das Recht und die Pflicht, bei allen Angelegenheiten, bei denen seine Mitvertretungsbefugnis in Anspruch genommen wird, selbständig zu prüfen und die dazu notwendigen Unterlagen zu fordern.

c) Bauers Z. **10** 121: Ist in dem Statute bestimmt, daß die AG. entweder durch die beiden Vorstandsmitglieder zusammen, oder durch eines von ihnen gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten werde, so ist es unzulässig, wenn das eine Vorstandsmitglied mit dem Prokuristen die sämtlichen Geschäfte erledigt und das andere Vorstandsmitglied von der Geschäftsführung tatsächlich ausschließt. Jedes Vorstandsmitglied kann Heranziehung fordern (event. im Wege der Beschwerde an den Aufsichtsrat oder einer Feststellungsklage, event. Amtsniederlegung). Der Prokurist hat sich mit der Rolle eines Stellvertreters zu begnügen. Vgl. auch Nr. 2 b α zu § 231.

d) Kann der aus einem Mitgliede bestehende Vorstand an die Mitwirkung eines Prokuristen gebunden werden?

α. Weber a. a. O. meint, daß eine Bestimmung, wonach der nur aus einer Person bestehende Vorstand die Gesellschaft nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen solle vertreten können, mit dem Gesetz in Widerspruch steht und daher ungültig ist. Der Prokurist, durch den das Vorstandsmitglied beschränkt wird, müßte erst von diesem selbst bestellt werden: zu der Bestellung bedarf es aber der unbeschränkten Vertretungsbefugnis. Im übrigen vgl. Weber zu § 125 Nr. 4, § 126 Nr. 1.

β. Zustimmend KG., Holdheims MSchr. **9** 153, Goldschmidts Z. **51** 24, R. **00** 377, ZAktWes. **10** 180, KGJ. **20** A 30, OLG. **1** 184, RJA. **1** 50, KGBl. **11** 78, weil § 232 Abs. 2 nur für den Fall Bestimmungen trifft, daß mehrere Vorstandsmitglieder vorhanden sind.

Ähnlich KG., R. **00** 330: Abs. 2 findet hier nicht Anwendung, sondern die allgemeinen Vorschriften, nach denen es unzulässig ist, daß der Vorstand in seiner Vertretungsfunktion mit Wirkung nach außen an die Mittätigkeit anderer Personen gebunden wird.

γ. A. A. Staub Anm. 17 unter Berufung auf die in der Denkschrift ausgesprochene Absicht, hier gleiches wie im § 125 zu bestimmen, und Satz 2 dieses Absatzes, nach welchem der Aufsichtsrat ermächtigt sein soll, einzelne Vorstandsmitglieder, also auch das einzige zu befugen, die Gesellschaft in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zu vertreten.

δ. Gegen ihn Biberfeld, ZAktWes. **10** 246: Die von Staub zu § 125 gezogene Parallele trifft nicht zu, weil es beim Vorstande der AG., anders wie

bei den Teilhabern einer o. HG., nicht denkbar ist, daß ein Mitglied von der Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, ausgeschlossen ist.

e) Handlungsvollmacht an einen Kollektivprokuristen?

**RG.**, Holdheims MSchr. 9 277, Bauers Z. 8 123: Der Vorstand einer AG. kann dem Kollektivprokuristen wirksam Handlungsvollmacht erteilen.

f) Ist, wenn die AG. von einem Vorstandsmitgliede zusammen mit einem Prokuristen vertreten wird, der Umfang der Vertretungsmacht des Vorstandsmitglieds oder des Prokuristen maßgebend?

α. Pinner Anm. V Abs. 2 will die Vertretungsmacht des Vorstandsmitglieds maßgebend sein lassen.

β. Dagegen Biberfeld, ZAktWes. **10** 246: Die Maßnahmen nach Abs. 2 können nicht dazu führen, den Prokuristen zu solchen Rechtshandlungen zu ermächtigen, die das Gesetz ausdrücklich und aus wohlbegründeten Erwägungen dem Vorstande vorbehalten hat.

γ. Ähnlich Keyßner, R. **00** 392: Die Vertretungsmacht mindert sich auf die des Prokuristen herab. Ein Verkauf oder eine Belastung von Grundstücken ist in einem solchen Falle nicht zulässig (§ 49 Abs. 2). Der Prokurist kann zwar zu solchen Geschäften befugt werden, doch ist eine Eintragung in das Handelsregister dahingehend, daß er in Gemeinschaft mit Vorstandsmitgliedern zur Belastung und Veräußerung von Grundstücken ermächtigt sei, unwirksam, da das Register nur für die im HGB. zugelassenen Eintragungen bestimmt ist, die angeführte aber nicht in deren Kreis fällt.

δ. In letzterer Hinsicht abweichend KG., Bauers Z. **10** 201: Will die Gesellschaft einem Kollektivprokuristen die Befugnis, bei Grundstücksveräußerungen und -belastungen mitzuwirken, zugestehen, so kann sie die Eintragung dieser Erweiterung der Prokura (§ 49 [2]) verlangen (vgl. zu § 49 Abs. 2).

ε. LG. Dresden, CBlFrG. **1** 974, Bauers Z. **9** 149: Der Prokurist hört, auch wenn er gemeinsam mit einem Vorstandsmitgliede handelt, nicht auf die rechtliche Stellung eines Prokuristen einzunehmen, und bleibt der für die Veräußerung und Belastung von Grundstücken bestimmten Beschränkung im § 49 Abs. 2 HGB. unterworfen, ist demnach zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken in Gemeinschaft mit dem Vorstandsmitgliede nur dann befugt, wenn er hierzu besonders ermächtigt ist.

g) α. Darüber, ob der vertretungsberechtigte Prokurist als Zeuge vernommen werden kann, vgl. Bondi, JDR. **1** Note 2f zu § 373 ZPO.

β. OLG. **3** 122 (Stettin): Bei Gesamtprokura genügt Zustellung an einen Prokuristen, wie aus §§ 171 Abs. 3 ZPO., 125 Abs. 2 Satz 3, § 232 HGB., § 28 Abs 2 BGB. folgt.

**§ 234.** RJA. **1** 107 (KG.), KGJ. **20** A 269, CBlFrG. **1** 339, OLG. **1** 358, R. **00** 437, Goldschmidts Z. **51** 244, ZAktWes. **10** 304, Bauers Z. **8** 26: Ein von der Aktiengesellschaft dem Vorstande neu verliehener Titel „Generaldirektor“ ist nicht eintragungsfähig, da er keine Änderung des Vorstandes bedeutet.

Literatur: Inwiefern kann der Vorstand über die Reserven der Gesellschaft verfügen? Bauers Z. 8 217. — Das Nichteinholen der statutarischen Genehmigung des Aufsichtsrats zur Anstellung von Beamten, und zu Einkäufen von Rohstoffen usw. Bauers Z. **9** 27. — Von der Genehmigung des Aufsichtsrats zum Prozeßbetriebe durch den Vorstand, das. 51. — Vgl. auch die Literaturangaben zu § 231.

**§ 235.** 1. Bauers Z. 8 217: Die Verfügungsbefugnis des Vorstandes über die Reserven der Gesellschaft ist je nach der Natur der Reserven verschieden gestaltet. Der Vorstand ist zur Heranziehung des Reservefonds verpflichtet, falls bilanzmäßige Verluste zu decken sind; er ist befugt, soweit nicht das Statut oder

Generalversammlungsbeschlüsse entgegenstehen, über einen Neuanschaffungsdispositionsfonds frei, über Unterstützungs- und Versicherungsfonds zu deren Zwecken zu verfügen. Die endgültige Beschlußfassung über Aufwendungen aus dem Dividendenreservefonds steht der Generalversammlung zu.

2. Lehmann führt in seinem zu § 231 zitierten Aufsatz aus, ob nicht de lege ferenda § 235 Abs. 2 nur gutgläubigen Dritten gegenüber zn belassen sei, und ob man nicht unter geltendem Rechte einem Dritten gegenüber, welcher die Beschränkung der Vertretungsbefugnis kannte, mit einer exceptio doli vorgehen könne.

3. **RG.** JW. **00** 186, Puchelts Z. **31** 453: Die Haftung des Vorstandes wird nicht durch die Genehmigung des Aufsichtsrats beseitigt, es sei denn, daß der Vorstand für den betreffenden Fall an die einzuholende Entschließung des Aufsichtsrats gebunden war. Vgl. hierzu Nr. 2c zu § 231 und Nr. 4 zu § 241.

**§ 236.** OLG. Rostock, DJZ. **00** 188, OLG. **1** 487, SeuffA. **55** 422: § 236 ist dispositiv, weil lediglich im Interesse der Gesellschaft gegeben. Es besteht kein Grund, anzunehmen, daß die Erlaubnis nur von dem mit der Bestellung des Vorstandes betrauten Organe, nicht auch im Statute sollte erteilt werden können.

Literatur: Monographien: Baumer, Reingewinn, Gewinnvortrag usw. Nürnberg 1902. — Müller, Der Gewinnanteil der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats von AG.en. 1899. — Preische, Gewinnvortrag und Tantièmeberechnung für Vorstand und Aufsichtsrat deutscher AG.en, 1902. — Aufsätze: Arnold, Berechnung der Tantième nach dem neuen Aktiengesetze. ZAktWes. **9** 125. — Esser, Kann den Mitgliedern des Vorstandes einer AG. als Tantième nur ein Anteil am bilanzmäßigen Reingewinne gewährt oder darf ihnen eine auch von anderen Beträgen zu berechnende anteilsmäßige Vergütung zugestanden werden? Holdheims MSchr. **11** 195. — Fuld, Die Tantième des Vorstandes bei Nichtzahlung einer Dividende. ZAktWes. **12** 1. — Ders., Der Vortrag auf neue Rechnung. ZAktWes. **13** 93 — Vgl. auch ZAktWes. **9** 2. — Pemsel, Die Tantième des Vorstandes und des Aufsichtsrats von AG.en. Holdheims MSchr. **7** 237. — Pinner, Tantième des Vorstandes und Aufsichtsrats nach dem neuen HGB. Gruchots Beitr. **44** 658. — Ders., Die Berechnung der Tantième des Aufsichtsrats nach Prozenten der Rücklage. Holdheims MSchr. **9** 157. — Rehm, Die Tantièmegarantie bei AG.en. DJZ. **01** 491 und ZAktWes. **11** 234, DJZ. **02** 46. — Dazu Erlinghagen, DJZ. **02** 25 und Bauers Z. **9** 77: Die Tantièmegarantie für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder. — Rießer, ZAktWes. **9** 179 (Abdruck aus dess.: „Neuerungen"). — Steiner, Gehört der Gewinnvortrag zu den Rücklagen im Sinne der §§ 237, 245? Holdheims MSchr. **10** 217. — ZAktWes. **12** 101: Die Berechnung der vertragsmäßigen Tantième des Gesellschaftsvorstandes; **13** 69: Provisionen des Vorstandes einer AG. — Bauers Z. 8 122: Inwiefern können Vorstand und Aufsichtsrat von Reingewinnbeträgen Tantième fordern, die zur Schuldentilgung verwendet werden? — 8 147: Die Tantième von dem auf neue Rechnung vorgetragenen Gewinne. — 8 264: Über die Fälligkeit der den Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern garantierten Tantième, wenn diese unterm Geschäftsjahr ausscheiden. — 8 268, **9** 2, 78: Tantième vom Gewinnvortrage. — **9** 51: Eine unzulässige Aufbesserung der Tantième von Vorstand und Aufsichtsrat. — **9** 97: Das Wesen der Tantièmegarantie für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder. — **10** 49: Der Vorstand kann nicht von demjenigen Gewinnbetrage eines Jahres, der zur Deckung des vorjährigen Verlustes dient, seine vertragsmäßige Tantième fordern. — **10** 99: Zuwendungen zu Wohlfahrtseinrichtungen der AG. sind für die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder tantièmepflichtig. — **10** 146: Die Rückforderung der an die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder gezahlten Tantième wegen falscher Bilanzen.

**§ 237.** 1. Allgemeines.

Müller a. a. O. 26: Tantièmen, welche dem Vorstande vom Reingewinne zugesichert sind, sollen vom wirklichen Reingewinne, Tantièmen, welche dem Aufsichtsrate vom Reingewinne zugesichert sind, von demjenigen Teile des Reingewinns berechnet werden, welcher nach Abzug der 4prozentigen Vordividende verbleibt.

Entgegenstehende Statutenbestimmungen bleiben in Kraft, bis sie in rechtsgültiger Weise abgeändert werden. — Wohlerworbene Tantièmeansprüche werden durch das Gesetz nicht geschmälert.

Ein Statutenbeschluß, der mit den §§ 237, 245 in Widerspruch steht, darf nicht in das Handelsregister eingetragen und kann nach § 231 angefochten werden. Eine Zurückerstattung der gezahlten Tantième oder eines Teiles derselben kann nur unter Umständen verlangt werden, welche auch nach früherem Rechte ein solches Verlangen begründeten. Hat die Generalversammlung eine mit den §§ 237, 245 in Widerspruch stehende Zahlung bewilligt, so ist ein Rückgabeanspruch nicht gegeben (27).

2. Vertrag als Voraussetzung des Tantièmenanspruchs.

Bauers Z. **10** 194: Ein Vorstandsmitglied hat auf die im Statute für den Vorstand ausgeworfene Tantième nur dann Anspruch, wenn sie ihm in seinem Anstellungsvertrage ganz oder teilweise zugesichert ist.

3. Begriff des tantièmepflichtigen Reingewinns nach §§ 237, 245.

a) Im allgemeinen.

α. Bauers Z. **10** 49: Der Vorstand kann keine Tantième von dem Teile des Gewinnes verlangen, der zur Deckung eines vorjährigen Verlustes verwendet wird. Dies entspricht der Verkehrssitte; auch liegt erst nach Deckung jenes Verlustes ein wirklicher Reingewinn vor. Die zur Deckung bestimmte Summe ist Rücklage.

β. Bauers Z. **9** 52: Der Ausgleich von Geschäftsverlusten durch Heranziehung von Reserveposten ist unzulässig. Der tantièmepflichtige Gewinn mindert sich um die so beschafften Summen.

γ. Hamburg, HansGerZ. **03** Hauptbl. 277: Verteilt eine AG., die ihrem Vorstande vertragsmäßig einen Anspruch auf die als Dividende zur Verteilung kommenden Beträge zugesichert hat, den Gewinn nicht als Dividende, sondern in anderer Weise, z. B. durch teilweise Rückzahlung des Aktienkapitals in Form von Ankäufen von Aktien zu übermäßig hohen Preisen, die nicht im freien Verkehre sich gebildet haben, so kann der Vorstand Tantième von dem solchergestalt verteilten Betrage verlangen.

b) Sämtliche Abschreibungen und Rücklagen.

α. Fuld, ZAktWes. **12** 1 ff.: Tantièmefrei sind alle Abschreibungen und Rücklagen, einerlei, ob sie behufs Ermittelung des Reingewinns oder aus dem Reingewinne (Pemsel s. unter c β), ob sie bei Aufstellung der Bilanz oder durch die Generalversammlung zur Verteilung des Bilanzgewinns (Müller 9) erfolgen; beide abgelehnte Unterscheidungen finden keinen Anhalt im Gesetze. Dagegen ist nicht tantiemefrei der Gewinnvortrag auf neue Rechnung, der in der neuen Gewinn- und Verlustrechnung des neuen Jahres als erster Einnahmeposten figuriert (s. unter d). — Rücklage ist gleich Reserve; Reserve ist aber nach dem geschäftlichen Sprachgebrauche nicht der Gewinnvortrag, der vielmehr unverteilter Gewinn ist und daher in dem Geschäftsjahr auf dessen Rechnung er vorgetragen wird, tantiemefrei bleiben muß. Eine andere Auffassung würde insbesondere bei Versicherungsgesellschaften, die ihren Gewinn regelmäßig nicht sofort verteilen, sondern auf neue Rechnung vortragen, dazu führen, daß der Vorstand seines Tantièmeanspruchs verlustig ginge (s. auch unter c).

β. Rießer, Neuerungen: Die Worte „nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen" sind im Sinne des Gesetzgebers aufs weiteste auszulegen; a. A. Riesenfeld 100, dessen das „Für" und „Wider" eingehend abwägende Ausführungen zu dem Ergebnisse kommen, daß unter Rücklagen anscheinend nur „Reservestellungen zu gesellschaftlichen Kapitalfonds" zu verstehen seien.

γ. Müller a. a. O.: Die Worte „sämtliche Abschreibungen und Rücklagen" in §§ 237, 245 bedeuten nicht im weitesten Sinne alle vor und nach Feststellung der Bilanz vorkommenden Abschreibungen und Rücklagen, sondern wollen nur die in der Bilanz vorzunehmenden bezeichnen. Der Gesetzgeber hat nicht alle Rücklagen aus dem Reingewinne für tantièmefrei erklären wollen. Dies erscheint aus rechtlichen und wirtschaftlichen Erwägungen heraus unmöglich (16 f.), auch ist in dem Kommissionsberichte niemals von solcher Absicht die Rede. Man wollte Abschreibungen und die ihnen in buchtechnischer Beziehung gleichzuachtenden Rücklagen tantièmefrei sein lassen. Dagegen sollte bezüglich der Rücklagen, welche vom Reingewinne nach Vorschrift des Gesetzes und der Statuten oder nach Beschluß der Generalversammlung gemacht werden, nichts bestimmt werden (19).

c) Rücklagen insbesondere.

α. Bauers Z. 8 122: Rücklagen sind solche Reingewinnbeträge, welche von der Verteilung zurückbehalten werden und im Eigentume der Gesellschaft bleiben, um später für einen bestimmten Zweck Verwendung zu finden. Leistet die AG. dagegen

αα. Zahlungen an einen Gläubiger, mit dem nur Rückzahlung nach Kräften oder ähnliches vereinbart ist;

ββ. oder sonst freiwillig Abzahlungen, so können die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats von diesen Beträgen Tantièmen fordern.

β. Pemsel a. a. O.: Das Gesetz will nur eine korrekte Feststellung des Gewinns erreichen und fordert daher tantièmefreie Behandlung der Rücklagen nur insofern, als solche behufs Ermittelung des Reingewinns erfolgen, z. B. durch überreiche Dotierung der Erneuerungskonten, dagegen nicht auf solche Rücklagen, die aus dem Reingewinne zur Verwendung desselben beschlossen werden (zitiert nach Rießer 74, s. oben Fuld zu b).

Rießer, Neuerungen 25, hält diese distinctio im Hinblick auf die Geschichte und den Wortlaut des Gesetzes für unrichtig.

γ. Rücklagen für Wohlfahrtseinrichtungen.

Bauers Z. **10** 99 stellt die Rechtsübung bezüglich der Frage, was man unter Rücklagen zu verstehen habe, dahin fest, daß nur diejenigen von der Gewinnverteilung ausgeschlossenen Beträge tantièmepflichtig sein sollen, welche so zur Verfügung der AG. gehalten werden, daß sie vermöge ihrer Bestimmung der Gesellschaft verbleiben. Alles, was dagegen aus dem verteilungsfähigen Vermögen herausgeht, ohne später wiederum der AG. zuzufließen, ist tantièmepflichtig. Hierzu gehören auch die Summen, welche den Wohlfahrtseinrichtungen der verteilenden Gesellschaft zufließen, einerlei, ob diese Einrichtungen juristische Persönlichkeit haben oder nicht.

δ. Amortisationsfonds.

OLG. **1** 487 (Dresden), Holdheims MSchr. 8 282, SächsOLG. **21** 328, Goldschmidts Z. **53** 215, Bauers Z. 8 178: Rücklage ist, nach der Entstehungsgeschichte des Paragraphen, derjenige Teil des Reingewinns, der zu dem Zwecke von der Verteilung an die Aktionäre ausgeschlossen und im Gesellschaftsvermögen zurückbehalten wird, um die Gesellschaft in ihren wirtschaftlichen Grundlagen zu kräftigen und in schlechten Zeiten zur Ausgleichung einer ungünstigen Bilanz, insbesondere der Beseitigung einer Unterbilanz zu dienen. Hierzu gehört nicht ein Amortisationsfonds zum Rückkaufe von Aktien.

d) Der Gewinnvortrag insbesondere (s. auch bα).

α. Steiner a. a. O.: Der Gewinnvortrag gehört nicht zu den Rücklagen im Sinne der §§ 237 und 245 HGB., sondern ist tatsächlicher Gewinn, welcher bei der Tantièmeberechnung mitzählt. Unter Rücklagen sind diejenigen

Beträge zu verstehen, welche entweder von den Aktivposten zwecks bilanzmäßiger Reduzierung ihres Wertes direkt abgeschrieben oder als Gegengewicht gegen die in den Aktiven liegenden einzelnen Risiken in der Form von Gegenposten auf die Passivseite geschrieben werden. Hiernach ist der Vortrag begrifflich von der Rücklage zu unterscheiden, wie sich auch aus § 261 Ziff. 5 und 6 HGB. ergibt.

β. Preische (zitiert nach ZAktWes. **9** 167): Der Gewinnvortrag muß in dem Jahre, in dem er beschlossen wurde, zugunsten des folgenden Geschäftsjahrs tantièmefrei bleiben.

γ. ZAktWes. **13** 93: Der Vortrag auf neue Rechnung ist Rücklage und daher tantièmefrei. Ähnlich Bauers Z. **8** 147: Er wird tantièmepflichtig, sobald er zur Verteilung gelangt (also, wenn überhaupt, meist in einem der nächsten Jahre).

δ. LG. Mainz, HessRespr. **3** 147: Der Gewinnvortrag gehört nicht zu den Rücklagen.

4. Fälligkeit der Tantième.

Bauers Z. **8** 264: Die Tantième wird nicht fällig, bevor die Bilanz, auf Grund deren sie gezahlt werden soll, durch die Generalversammlung genehmigt ist.

5. Die Ansprüche ausgeschiedener Tantièmeberechtigter.

Bauers Z. **9** 2: Ausgeschiedene Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder können von späteren Eingängen auf Delkrederefonds keine Tantième fordern.

6. Rückforderung zuviel gezahlter Tantièmen; s. auch oben 1.

Bauers Z. **10** 146: Haben Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder auf Grund gefälschter Bilanzen eine höhere Tantième erhalten, als sie sonst beanspruchen könnten, so sind sie nach den Vorschriften § 812 BGB. zur Herausgabe des zuviel erhaltenen verpflichtet.

7. Einfluß des § 237 auf alte Gesellschaften und bestehende Vertragsverhältnisse.

a) Darüber, ob § 237 auch auf ältere Gesellschaften, deren Geschäftsjahr am 31. Dezember 1899 ablief, oder teils vor, teils nach dem 1. Januar 1900 lag, anwendbar ist, vgl. Rießer, Neuerungen 29 ff. und Nr. 1 zu § 245.

b) Pinner, Gruchots Beitr. **44** 658, ZAktWes. **10** 261: Auf die mit Vorstand und Aufsichtsrat geschlossenen Verträge, sowie auf die den Vorstand betreffenden statutarischen Bestimmungen findet die neu eingeführte Berechnung der Tantièmen erst von dem Zeitpunkt an Anwendung, zu dem vertrags- und statutengemäß Aufhebung des Vertrags zulässig ist. Für Aufsichtsratsmitglieder, deren Vergütung im Statute bestimmt ist, gilt dasselbe; doch kann die Generalversammlung vom 1. Januar 1900 ab mit einfacher Majorität die Vergütung herabzusetzen. Die Literatur zu der Frage der Rückwirkung s. a. a. O. 656.

c) Fuld, ZAktWes. **12** 1: Der Anstellungsvertrag ist Dienstvertrag, und, soweit er auf unbestimmte Zeit abgeschlossen war, gemäß Art. 171 EG. z. BGB. nach neuem Rechte zu beurteilen, also auch dem § 237 HGB. unterworfen. War er vor dem 1. 1. 1900 auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen, so bleibt bis zu deren Ablaufe das alte Recht maßgebend. Das, was die Gesellschaft danach als Tantième schuldet, nach § 237 aber nicht berechnen darf, muß sie dem Vorstand unter dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes gewähren (s. unten 8 d Rehm).

d) α. LG. Mainz, HessRspr. **3** 147: Durch § 237 werden ältere Verträge, welche dem Vorstand Anteile vom Reingewinn über das nach § 237 zulässige Maß gewähren, nicht aufgehoben.

β. RG. JW. **02** 255, ZAktWes. **12** 101, Bauers Z. **9** 217, R. **02** 242: Die Vorschrift über die Berechnung der Tantième von Vorstandsmitgliedern enthält

zwar zwingendes Recht, läßt aber vertragsmäßige Ansprüche unberührt, die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechtes entstanden sind. Da sie „nur eine wirtschaftspolitische Zweckmäßigkeitsmaßnahme", dagegen nicht eine Rechtsnorm ist, die einem sittlichen Empfinden Ausdruck gibt (s. auch 8).

8. Anderweite Vereinbarungen über die Gewährung einer Tantième.

a) Esser a. a. O.: Die Beschränkung des § 237 gilt nur für den Fall, daß die Tantième des Vorstandes in Prozenten des Jahresgewinns berechnet wird, nicht auch, wenn andere Summen z. B. Umsatz oder ähnliches, maßgebend sind.

b) ZAktWes. **13** 69: Durch § 237 sind indirekt verboten Tantièmezusicherungen vom Rohgewinn. Dagegen können dem Vorstande Prozente vom gesamten Geschäftsumsatz oder vom Umsatz in einzelnen Geschäftszweigen zugesichert werden. Soweit sie allerdings nur die Verschleierung einer Beabredung über die Gewährung eines Gewinnanteils bilden, sind sie nichtig. Wann diese Voraussetzung zutrifft, ist Tatfrage.

c) Pinner, Gruchots Beitr. **44** 654: Der Paragraph verbietet nicht die Gewährung einer festen oder nach dem Durchschnittsverhältnisse früherer Tantième berechneten Vergütung. Dagegen ist zweifelhaft, ob in der Gewährung einer garantierten Minimaltantième nicht eine Umgehung des Gesetzes zu sehen ist. S. auch Rießer, Neuerungen 27 f.

d) Rehm, DJZ. **01** 491: Dieser Paragraph enthält zwingendes Recht. Ein Vertrag mit dem Vorstande, daß seine Tantième aus dem Reingewinne vor Abzug freiwilliger Abschreibungen und neuer Rücklagen zu berechnen sei, ist daher nach § 134 BGB. nichtig. In einem Vertrage des Inhalts, daß, soweit die Tantièmen des Vorstandes infolge von Abschreibungen und Rücklagen aus dem bilanzmäßigen Reingewinn ausfallen, die AG. verpflichtet sei, dem Vorstand entsprechenden Ersatz zu leisten, liegt ein Rechtsgeschäft, welches ein gesetzliches Verbot, nämlich BGB. § 237 umgeht und deshalb gemäß § 134 BGB. nichtig ist. Dieser Vertrag ist nicht Bestandteil des Dienstvertrags, sondern ein Garantievertrag für ausgefallene Vergütung.

e) Fuld, ZAktWes. **12** 1, hält diese Unterscheidung für gekünstelt. Vgl. auch 6 c.

f) Erlinghausen a. a. O. meint, daß der Garantievertrag sich von dem Dienstvertrage nicht trennen läßt. Auch hindert § 237 nicht die Vereinbarung von Vergütungen, welche nicht in einem Anteile am Reingewinne bestehen; die Vereinbarung eines Tantièmeminimums bedeutet aber nichts anderes, als daß der Vorstand diese Summe unabhängig von einem Reingewinn erhalten soll.

g) Bauers Z. **9** 77: Eine garantierte Tantième ist kein Gewinnanteil im Sinne der §§ 237, 245, sondern ein fester Bezug. Gelangt sie mangels genügender Überschüsse nicht aus den Überschüssen des letzten Jahres zur Befriedigung, so wird sie zu Lasten des laufenden Geschäftsjahrs zu zahlen sein. Dem stehen die §§ 237, 245, auch unabhängig von dem oben Gesagten, nicht entgegen.

h) Gegen diese Angriffe wendet Rehm, DJZ. **02** 46 ein: Tantième ist „Anteil am Jahresgewinne", „nach dem Geschäftsergebnisse bemessene Vergütung" (Genossenschaftsgesetz § 36, Privatversicherungsgesetz § 35). Garantierte Minimalgarantie ist kein „fester Bezug", da sie über die garantierte Mindestsumme steigen kann.

i) **RG.** s. 7 d β: § 237 schreibt nicht vor, daß bei der Berechnung der Tantièmen derjenige Reingewinn zugrunde zu legen ist, der sich erst nach Abzug der Tantième selbst ergibt.

**§ 238.** 1. Biberfeld, ZAktWes. **10** 241 ff.: § 238 ist dispositiv. Die Bestellung des Prokuristen muß immer vom Vorstand ausgehen (§ 48 [1]); ist sie im Statute dem Aufsichtsrat oder der Generalversammlung zugewiesen, so bedeutet das nur, daß der Vorstand verbunden ist, sich an die Vorschläge dieser Organe zu halten.

Der Vorstand beschließt über die Bestellung zum Prokuristen mit der für seine übrigen Beschlüsse vorgeschriebenen Mehrheit.

Die herrschende Meinung hält die Prokuraerteilung auch dann für wirksam, wenn der Vorstand die Beschränkungen des Statuts nicht beachtet hat. Staub Anm. 8 verpflichtet den Registerrichter zur Eintragung, selbst wenn ihm das Fehlen der statutarischen Voraussetzungen bekannt ist, weil auch dann eine nach außen wirksame Prokura vorliege. Dem ist entgegenzutreten. Der Registerrichter darf nicht gezwungen werden, eine Maßnahme zu sanktionieren, die, wie er weiß, auf unhaltbarer Grundlage beruht. Für die Pflicht, die in diesem Paragraphen aufgestellte Beschränkung zu beachten, spricht insbesondere ein arg. e contr. aus § 235. Die erfolgte Eintragung hat Dritten gegenüber bis zu ihrer Rückgängigmachung Wirksamkeit.

Eine AG., die kein Handelsgewerbe betreibt, kann keinen Prokuristen ernennen, denn bei ihr ist für ihn, der nach § 49 nur zu solchen Geschäften, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, kein Raum. Nimmt sie gleichwohl eine solche Ernennung vor, so ist die Vollmachtserteilung nach den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechtes über Vollmacht und Vertretung zu beurteilen (244 f.).

Der Prokurist ist Vertreter der AG., nicht des Vorstandes; er ist also nicht zu Maßnahmen berechtigt, die das Gesetz dem Vorstand aufträgt. Er ist nicht gesetzlicher, sondern gewillkürter Vertreter. Die Gesellschaft wird also aus den von dem Prokuristen für sie eingegangenen Verbindlichkeiten verhaftet, nur soweit sie kontraktlicher Natur sind (245).

2. KGJ. **22** A 111 (KG.), CBlFrG. **2** 53, RJA. **2** 74, R. **01** 351, Bauers Z. **8** 266, Goldschmidts Z. **53** 216: Der Vorstand ist dem Registergerichte gegenüber, mangels einer abweichenden Bestimmung des Gesellschaftsvertrags oder der Generalversammlung, als zur Erteilung der Prokura ermächtigt nur dann anzusehen, wenn er die Zustimmung des Aufsichtsrats erlangt hat.

Dem Registergericht ist bei Anmeldung der Prokura für eine AG. der urkundliche Nachweis der Zustimmung des Aufsichtsrats zur Erteilung zu erbringen.

Hiergegen Biberfeld, Erteilung der Prokura für eine AG., ZAktWes. **11** 211 ff., unter Hinweis auf Staub Anm. 8, Pinner Note 6, und unter Berufung auf die durch §§ 231, 235 geschaffene, im § 238 Satz 2 bestätigte Stellung des Vorstandes.

3. Zu der Frage, ob der Vorstand dem Kollektivprokuristen Handlungsvollmacht erteilen kann, vgl. Note 3 e zu § 232.

Literatur: ZAktWes. **11** 42: Die Buchführungspflicht des Vorstandes. — Bauers Z. **10** 170: Die Grenzen der Verantwortlichkeit des Vorstandes für die Buchführung usw.

**§ 239.** a) Bauers Z. a. a. O.: Der Vorstand genügt seiner Pflicht, für ordnungsmäßige Buchführung zu sorgen, wenn er zuverlässige Buchhalter bestellt, sie gelegentlich kontrolliert, und sie bei besonders schwierigen und wichtigen Buchungen mit Anweisung versieht. Eine ins Einzelne gehende Kontrolle aller Buchungen ist nicht möglich und daher auch nicht erforderlich.

b) Simon, Bilanzen (3) 74; Festgabe der JG. 382: Die AG.en sind, da eine Gewinn- und Verlustrechnung vorgeschrieben ist, und diese nur bei der doppelten Buchhaltung vorkommt, zu dieser verpflichtet.

Ähnlich ZAktWes. 9 7f.: Da nur so der ins Einzelne gehende Aufschluß über die Gesellschaftsverhältnisse zu erreichen ist, den das Gesetz durch das Erfordernis der Gewinn- und Verlustrechnung — arg. Denkschr. II 175 — erstrebt.

Literatur: ZAktWes. 11 9: Pflichten des Vorstandes für den Fall des Verlustes der Hälfte des Grundkapitals, sowie der Zahlungseinstellung oder Überschuldung.

**§ 240.** 1. Goldstein, Hirths Ann. 34 726: Bei Ermittelung, ob Überschuldung vorliegt, bleiben die im § 261 gegebenen Regeln für die Bilanzaufstellung außer Betracht: Die Aktiva sind nach ihrem Verkaufswert (ohne Rücksicht auf Buchungs- und Herstellungswert), die Passiva gleichfalls nur in wirklicher Höhe, also ohne Grundkapital und Reservefonds anzusetzen. Ebenso ZAktWes. 11 9ff.

2. Keyßner, AG. (5) Anm. 6: Für die Bilanz, welche dem Vorstande die Veranlassung geben soll, die Konkurseröffnung zu beantragen, weil das Vermögen nicht mehr die Schulden deckt, sind nicht die im § 261 aufgestellten Wertansätze maßgebend, sondern es sind nach § 40 Abs. 2 sämtliche Vermögensgegenstände nach dem Werte anzusetzen, der ihnen in dem Zeitpunkte beizulegen ist, für welchen die Aufstellung stattfindet. Reservefonds, Rücklagen und das Grundkapital sind nicht als Passiva einzustellen.

Literatur: Bauers Z. 10 2: Von der Pflicht des Vorstandes, den Aufsichtsrat freiwillig von wichtigen Vorkommnissen zu unterrichten. Endemann, Holdheims MSchr. 12 197.

**§ 241.** 1. Bauers Z. a. a. O.: Eine Pflicht der im Titel erwähnten Art besteht nach dem Gesetze nicht (§ 246 Abs. 1), ist aber vielfach im Gesellschafts-, Anstellungsvertrag oder der Geschäftsordnung vorgeschrieben, ihre Statuierung liegt auch im Gesellschaftsinteresse.

2. RG. Bauers Z. 8 19: Der Vorstand einer AG. kann von der AG. nicht für den Schaden in Anspruch genommen werden, der der Gesellschaft durch die Ausführung eines Generalversammlungsbeschlusses erwächst (exceptio doli). Vgl. Nr. 4 zu § 249.

3. OLG. 6 190 (Hamburg), BankA. 2 111: Der Direktor einer AG. kann der Klage aus nachlässiger Geschäftsführung entgegen halten, daß Aufsichtsrat und Aktionäre mit seiner Geschäftsführung einverstanden waren, oder daß sie dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats die obere Leitung der Gesellschaft völlig frei überlassen hatten. Diese Einwendungen kann er auch dem Konkursverwalter der in Konkurs verfallenen Gesellschaft gegenüber machen.

4. α. RG. Holdheims MSchr. 11 266, SächsA. 12 723, Bauers Z. 10 74, BankA. 2 60: Vorstand und Aufsichtsrat einer AG. sind auch ohne besondere statutarische Bestimmung auf Grund der §§ 241 1, 2, 253 2, 249 1, 2, 246 2 verpflichtet, sich vor Einlassung auf wichtige, kostspielige, riskante und deshalb das Interesse der Aktionäre in besonderem Maße berührende Unternehmungen der Einwilligung der Generalversammlung zu versichern. Anderenfalls handeln sie auf eigene Gefahr, haften für ungünstigen Ausfall und können sich dieser Schadensersatzpflicht insbesondere nicht durch die Behauptung entziehen, die Generalversammlung würde, wenn sie vor der Inangriffnahme des Unternehmens befragt worden wäre, diesem zugestimmt haben. Da nicht bloß der einzelne Aktionär, sondern die Gesellschaft als solche ein Recht auf die Mitwirkung an der Generalversammlung hatte, ist es unerheblich, durch Vernehmung der Aktionäre festzustellen, was die Gesamtheit der Aktionäre in der Generalversammlung beschlossen haben würde. Der mangelnde Generalversammlungsbeschluß kann nicht auf diesem Wege ersetzt werden.

β. Gegen diese Entscheidung erhebt Endemann, Holdheims MSchr. 12 197, Bedenken. Er meint, daß das RG. nur an „ungewöhnliche Unternehmungen"

gedacht habe, „die aus dem Rahmen des bisherigen Geschäftsbetriebs ganz herausfallen, eine Umwälzung des gesamten Betriebs bedeuten, oder die kaufmännische und technische Grundlage der Gesellschaft verschieben". Die allgemeineren Ausführungen des RG.urteils hält er für eine zu allgemeine Fassung von Erwägungen, welche auf den dem Urteile zugrunde liegenden konkreten Tatbestand paßten.

γ. Auch Rießer, Aufsichtsratsfrage 313 findet in dem Urteil eine „äußerst bedenkliche, mit der bisherigen Rechtsprechung (**RG. 35** 87) nicht übereinstimmende" Auslegung.

5. Über das Verhältnis zwischen Vorstand und Aufsichtsrat s. zu § 231 Nr. 2 c.

6. Über eine besondere Konstruktion des Schadensersatzanspruchs gegen den Vorstand vgl. Nr. 2 a zu §§ 210 ff.

7. Abs. 4. Küntzel, Aufsichtsrat (s. zu § 243) 63: Die Gesellschaft und die Gesellschaftsgläubiger sind im Sinne des Abs. 4 Gesamtgläubiger nach §§ 428 ff. BGB.

Literatur: Biberfeld, Die Stellvertretung der Vorstandsmitglieder, ZAktWes. **10** 61.

**§ 242.** 1. Biberfeld a. a. O.: Stellvertreter eines Vorstandsmitglieds im Sinne dieser Vorschrift ist nur der Ersatzmann, den die Gesellschaft wegen Verhinderung ihres Vorstandsmitglieds beruft, um den Vorstand in der vorgeschriebenen Zusammensetzung zu erhalten (62).

Es ist zu unterscheiden zwischen dauernd bestellten Stellvertretern, deren Bestellung nur statutenmäßig angeordnet werden kann und einem Organe übertragen werden muß, und solchen, die im einzelnen Behinderungsfalle berufen werden. Von diesen handelt § 248². Zu ihrer Bestellung ist der Aufsichtsrat auch ohne statutarische Ermächtigung befugt (63).

Ein Vertreter ist erst dann gültig bestellt, wenn alle diejenigen gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen erfüllt sind, welche für die Wahl des Vorstandes selbst maßgebend sind (86). Dritten gegenüber ist seine Vertretungsbefugnis nicht davon abhängig, daß ein Vertretungsfall auch wirklich vorlag; doch macht sich der unbefugt Handelnde der Gesellschaft gegenüber schadensersatzpflichtig (so auch die herrschende Meinung) (87).

2. OLG. **6** 467 (KG.), KGJ. **24** A 194, BankA. **2** 175, Holdheims MSchr. **11** 249, Goldschmidts Z. **53** 217, Bauers Z. **10** 50, ZAktWes. **13** 178:

a) Die stellvertretenden Vorstandsmitglieder sind unter Kennzeichnung ihrer besonderen Eigenschaft in das Handelsregister einzutragen. Schwierigkeiten nach außen können nicht entstehen, da Dritten gegenüber die Vertretungsmacht vom wirklichen Vorhandensein eines Vertretungsfalls nicht abhängt. Für das innere Verhältnis Sorge zu tragen, liegt dem Registergerichte nicht ob. Daß im § 242 nicht nur an § 248 gedacht ist, ergibt die Entstehungsgeschichte (RTK. **84** Art. 225a—232a, Komm.Ber. **84** 22, 24).

b) Ist dem Aufsichtsrate die Bestellung der Vorstandsmitglieder übertragen, so kann er auch deren Stellvertreter ernennen.

Literatur: Eine sehr vollständige Übersicht über die Literatur, auch soweit sie vor dem 1. Januar 1900 liegt, gibt Rießer, Die Aufsichtsratsfrage, in der Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin für Koch. Gute Literaturangaben enthält auch Stier-Somlo, Reform des Aufsichtsrats, Goldschmidts Z. **53** 20 ff.

Hervorzuheben sind:

1. Monographien: Bauer, Der Aufsichtsrat, Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder von AG.en und KG.en auf Aktien. 1900. — Küntzel, Der Aufsichtsrat der AG.en, seine Rechte und Pflichten. 1902. — Mankiewicz, Die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats nach dem HGB. 1899.

2. Aufsätze juristischer Natur: Biberfeld, Aufsichtsrat, Gesetz und Recht **02** 85. — Fuld, Inkomptabilität von Vorstand und Aufsichtsrat, ZAktWes. **10** 87. — Pinner,

Der Aufsichtsrat und seine Gegner, DJZ. **01** 373. — Wittkowsky, Der Aufsichtsrat und seine Mitglieder, JW. **01** 768. — Zur Stellung des Aufsichtsrats der AG.en, ZAktWes. **12** 30. Vereitelung der Abstimmung im Aufsichtsrate durch den Vorsitzenden, Bauers Z. 8 29. Überwachung der AG.en durch die Aufsichtsräte, Bauers Z. 8 174. Der Aufsichtsrat als der eigentliche Leiter der AG., das. 8 218. Hintansetzung eines Aufsichtsratsmitglieds durch den Vorsitzenden, das. **9** 246. Hat sich ein an der Beschlußfassung des Aufsichtsrats interessiertes Aufsichtsratsmitglied der Stimme zu enthalten? das. **10** 171. — Bernau, Die Amtsniederlegung der Mitglieder des Aufsichtsrats, Iherings J **44** 225. — Zitelmann, Über die Amtsniederlegung von Aufsichtsratsmitgliedern vor Ablauf ihrer Wahlperiode nach altem und neuem Rechte, Goldschmidts Z. **52** 31. — Simon, Müssen AG.en aus der Zeit vor dem 11. Juni 1870 einen Aufsichtsrat haben? Holdheims MSchr. **10** 25 f.

3. Schriften und Aufsätze, welche sich mit der Frage nach der Brauchbarkeit des Aufsichtsrats beschäftigen, wirtschaftliche und rechtliche Fragen behandeln und vielfach Reformvorschläge machen: Warschauer, Reorganisation des Aufsichtsratswesens in Deutschland. 1901. — Biermer, Die neueste Bankkrisis und das deutsche Aktienrecht. 1902. — von Brockdorff, Reorganisation des Aufsichtsratswesens, Hirths Ann. **35** 735. — Fuld, Kumulierung bei Aufsichtsräten, ZAktWes. **11** 109. — Das. Zur Revision der Aktiengesetzgebung, ZAktWes. **13** 1. — Göhre, Aufsichtsrat, Zukunft **02** 13. — Kalkmann, Reorganisation des Aufsichtsratswesens, Deutsche Stimmen **02** 562. — Loeb, Institut des Aufsichtsrats usw., Schmollers Jahrb. **23** 1 ff. — Mankiewicz, Zusammensetzung des Aufsichtsrats, ZAktWes. **10** 3. — Plutus, Aufsichtsräte, Zukunft **01** 516. — Rosendorff, Bankbrüche und Bankkontrollen, Hirths Ann. **35** 182. — Simonson, Empfiehlt sich eine Verschärfung der Vorschriften über die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats von AG.en? BankA. 2 26 und ZAktWes. **11** 213. — Stenglein, Die Reform des Aufsichtsrats, Gerichtssaal **00** 433. — Stier-Somlo s. o. — Strauß, Reorganisation des Aufsichtsratswesens, Holdheims MSchr. **11** 79. — Wagner, Bankbrüche und Bankkontrollen, Deutsche MSchr **01** Heft 1, 2. — Der Aufsichtsrat, Lotse **01** Heft 46. Der Aufsichtsrat als Kontroll- und Verwaltungsorgan, Bauers Z. **9** 98. — Die Errichtung von Aufsichtsratsdezernaten, das. **9** 172. Widerlegung der das Aufsichtsratswesen betreffenden Reformvorschläge, das. **9** 195. — Der Aufsichtsrat und seine Gegner, ZAkt. Wes. **11** 158.

**§ 243.** 1. Bedarf auch eine vor dem Bundesgesetze vom 11. Juni 1870 begründete AG. eines Aufsichtsrats?

a) Die Frage wird verneint von Simon a. a. O. unter Berufung auf die Geschichte der Vorschriften über den Aufsichtsrat. Desgl. von Fuld, ZAktWes. **10** 151, 210, Rießer, Neuerungen 154.

b) Bejaht von Staub Anm. 5 zu § 190: Für die Bejahung spricht die Absicht der Denkschrift (123) und die Erwägung, daß die bestehenden Gesellschaften bei Veränderung der Gesetzgebung ihr gesellschaftliches Leben nach der neuen Gesetzgebung einzurichten haben. — Ähnlich Pinner, Note II zu § 190 unter Hinweis auf den öffentlich-rechtlichen Charakter der Vorschriften; Lehmann-Ring Nr. 3 zu § 190, weil das Gesetz zahlreiche Maßregeln dem Aufsichtsrat überträgt und an seine Mitwirkung zwingend knüpft.

Ähnlich RG. **48** 40, JW. **01** 234, Holdheims MSchr. **10** 117, DJZ. **01** 189, ZAktWes. **11** 81, Bauers Z. **8** 172, R. **01** 266: Da Artt. 23—28 EG. z. BGB. erschöpfend die auf frühere Gesellschaften nicht anzuwendenden Vorschriften aufführen und das HGB. die Einrichtung eines Aufsichtsrats als eines Organs, welches von den Gründern der AG. und deren Vorstand unabhängig gestellt und dazu berufen ist, die Rechte der Aktionäre und Gläubiger wahrzunehmen, im öffentlichen Interesse angeordnet hat, sind die hierüber gegebenen Vorschriften des HGB. auch auf frühere AG.en anzuwenden und letztere demzufolge verpflichtet, einen Aufsichtsrat zu bestellen.

c) Hamburg, HansGerZ. **00** Haupbl. 114, ZAktWes. **10** 152: Solange eine Gesellschaft in das Handelsregister als AG. eingetragen ist und sich nach Inhalt der Statuten als AG. qualifiziert, gilt sie als AG., falls sie auch niemals einen Aufsichtsrat gehabt hat.

2. Die Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsrats.

a) Allgemeines. Stier-Somlo a. a. O. 33, Staub Anm. 1, Esser Anm. 2: Sie können nur durch Wahl der Generalversammlung berufen werden. Kooptation ist unzulässig.

b) Passive Wahlfähigkeit. α. Küntzel a. a. O. 14: Wenn auch das Gesetz keinerlei Erfordernisse der passiven Wahlfähigkeit aufstellt, wird man doch physische Persönlichkeit und Geschäftsfähigkeit verlangen müssen: weil die Aufgaben des Aufsichtsrats ein eigenes unmittelbares Handeln voraussetzen und mit der Übernahme des Amtes erhebliche Verantwortung übernommen wird. Der Gesellschaftsvertrag kann beliebige Beschränkungen auferlegen, z. B. Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte, Nichtverwandtschaft mit einem Vorstandsmitgliede, Besitz einer bestimmten Anzahl Aktien; zustimmend Mankiewicz, ZAktWes. 10 2; Stier-Somlo a. a. O. 38, mit der Einschränkung, daß die Voraussetzungen nicht derart normiert werden dürfen, daß die Absicht des Gesetzes, daß die Generalversammlung wählen soll, unmöglich gemacht wird.

β. Küntzel a. a. O. Anm. 23: § 16 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873, wonach Reichsbeamte zur Übernahme der Stellung eines Aufsichtsratsmitglieds der Genehmigung bedürfen, die zu versagen ist, wenn das Amt mit Remuneration verbunden ist, bewirkt nicht Ungültigkeit der Wahl, wenn die Genehmigung nicht nachgesucht oder nicht erteilt wird. Der Beamte macht sich dann disziplinarisch strafbar. Der Registerrichter ist aber nicht befugt, den Nachweis der Genehmigung zu fordern. Dasselbe gilt bezüglich der Landesbeamten.

3. Amtsdauer.

a) Küntzel a. a. O. 18: Abs. 2 findet auch auf die Mitglieder des Aufsichtsrats Anwendung, welche zufolge Statutenänderung oder Ausscheidens einzelner Mitglieder während der Amtsdauer des ersten Aufsichtsrats durch die Generalversammlung zugewählt werden, da er sonst leicht umgangen werden könnte.

b) Riesenfeld, Einfluß des neuen Aktienrechts 85 ff., 88: Abs. 3: Die Wahlperiode des Aufsichtsrats darf höchstens einen Zeitraum umfassen, der sich zusammensetzt aus der Zeit von der Wahl bis zum Ende des damals laufenden Geschäftsjahrs, den folgenden vier Geschäftsjahren und der Zeit vom Beginne des nunmehr folgenden fünften Geschäftsjahrs bis zum Ende der Generalversammlung, die in diesem fünften Jahre über die Bilanz des voraufgegangenen vierten beschließt; jede kürzere Wahlperiode innerhalb dieser Grenzen ist zulässig. Die Wahlperiode braucht jedoch nicht für den ganzen Aufsichtsrat eine einheitliche zu sein, vielmehr darf nur die Amtszeit des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds die in Abs. 3 gesetzte Frist nicht überdauern. Es kann daher jedes Mitglied ohne Rücksicht auf die Amtsdauer des anderen für eine dem Abs. 3 entsprechende Zeit gewählt und ein turnusmäßiges Ausscheiden der Mitglieder im Gesellschaftsvertrage vorgesehen werden.

Zustimmend Küntzel a. a. O. 19: Aus Abs. 4 folgt, daß in Abs. 3 unter „Aufsichtsrat" dessen Mitglieder zu verstehen sind; Zitelmann a. a. O. 65. A. A. Alexander-Katz-Dyhrenfurth 61 Nr. 14, weil Abs. 3 von „Aufsichtsrat" und nicht von „Mitgliedern des Aufsichtsrats" spricht.

4. Das Verhältnis zur AG.

a) Allgemeines.

α. Küntzel a. a. O. 20 ff.: Zwischen dem Aufsichtsrat als solchem und der AG. oder den Aktionären besteht ein Vertragsverhältnis nicht, wohl aber zwischen den einzelnen Mitgliedern des Aufsichtsrats und der AG. Letzteres ist, je nachdem es entgeltlich ist, oder nicht, Dienstvertrag oder Auftrag. Ein Dienstvertrag liegt auch bei dem ersten Aufsichtsrate trotz § 245 3 regelmäßig vor, es

sei denn, daß Unentgeltlichkeit ausnahmsweise vereinbart oder aus sonstigen Umständen unzweifelhaft folgen sollte (22). Liegt Auftrag vor, so kann jederzeit, oder bei Verzicht auf diese Befugnis, bei wichtigem Grunde gekündigt werden (24). Bei Dienstvertrag kann vor Ablauf der Wahlzeit nur aus wichtigen Gründen Amtsniederlegung (= Kündigung) erfolgen; anderweite Kündigung ist nichtig (24).

β. Bernau a. a. O. 220 ff., 242: Die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs beziehen sich nur auf das äußere Wirken des Aufsichtsrats als Organ der Gesellschaft. Das innere Vertragsverhältnis zur Gesellschaft unterliegt den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Danach liegt vor:

I. regelmäßig Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung (bei dauerndem Vertragsverhältnisse mit festen oder unbestimmten Bezügen und vorübergehendem Vertragsverhältnisse mit festen Bezügen);

II. seltener Auftrag (bei dauerndem oder vorübergehendem Vertragsverhältnis ohne Bezüge);

III. ausnahmsweise Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung im Sinne des § 627 BGB. (bei vorübergehendem Vertragsverhältnisse mit unbestimmten Bezügen).

Es finden Anwendung:

auf die Gruppe I:

die allgemeinen Vorschriften über die Dienstverträge §§ 611—630 BGB., mit Ausnahme des § 627 BGB.;

die Vorschrift über die Dienstverträge mit Geschäftsbesorgung §§ 675 BGB.;

die im § 675 BGB. aufgezählten Vorschriften über den Auftrag §§ 663, 665—670, 672—674 BGB., gegebenenfalls auch § 671 Abs. 2 BGB.;

auf die Gruppe II:

die allgemeinen Vorschriften über den Auftrag §§ 662—676 BGB., mit Ausnahme des § 675 BGB.;

auf die Gruppe III:

die Vorschriften der Gruppe I, mit Ausnahme des § 626 BGB., an dessen Stelle der § 627 BGB. tritt.

b) Widerruf der Bestellung.

α. Keyßner, AG. Anm. 6: Soll die Generalversammlung widerrufen, so muß diese Absicht als Gegenstand auf die Tagesordnung gesetzt sein.

β. Derselbe a. a. O. und Goldschmidts Z. 48 512: Mit dem Widerruf erlischt der Anspruch auf Vergütung.

γ. Im Ergebnis ebenso Küntzel a. a. O. 26, unter Hinweis auf arg. e contr. aus § 231; sowie darauf, daß das Aufsichtsratsmitglied durch seine Tätigkeit nicht voll beansprucht wird, und daß Abs. 4 den Widerruf unter Ausschluß des bürgerlichen Rechtes regelt.

δ. Geistige Erkrankung.

Bauers Z. 10 101: Ein Aufsichtsratsmitglied scheidet bei geistiger Erkrankung nicht ohne weiteres aus seiner Stellung aus, sondern muß — von abweichenden Festsetzungen im Statut abgesehen — nach Abs. 4 durch die Generalversammlung abberufen werden.

c) Die Amtsniederlegung.

α. Bernau a. a. O. 245 ff., 259 ff., 264, 266: Amtsniederlegung ist die Auflösung des Vertragsverhältnisses vor Ablauf der Wahlperiode aus nicht vertragsmäßigen Gründen durch einseitige, empfangsbedürftige, auf sofortige Beendigung des Vertrags gerichtete Willenserklärung.

Die Voraussetzungen der Amtsniederlegung richten sich nach der Natur des zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses.

I. Bei Dienstverträgen mit Geschäftsbesorgung ist die Amtsniederlegung nur zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 626 BGB.).

Ob dies zutrifft, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen. Dabei muß man sich vergegenwärtigen, daß die Aufsichtsratsmitglieder meist nur als Teil des Organs, selten selbständig tätig werden (250). U. a. ergibt sich die Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, wenn ein Mitglied im Aufsichtsrat überstimmt wird, da es durch die Überstimmung seiner Verantwortung nach § 249 HGB. nicht enthoben wird. Soweit es durch stillschweigende Beruhigung bei dem Beschlusse die Pflicht eines ordentlichen Kaufmanns verletzten würde, wird man gesetzwidrige oder unlautere Beschlüsse des Aufsichtsrats als wichtigen Grund für die Amtsniederlegung ansehen müssen (251); Kasuistik s. daselbst 252 ff.

II. Bei Auftragsverhältnissen und bei Dienstverträgen mit Geschäftsbesorgung im Sinne des § 621 BGB. ist die Amtsniederlegung an keinerlei Voraussetzungen geknüpft. Sie kann aus beliebigen Gründen, auch ohne Grund erfolgen (§§ 671, 627 BGB.).

Die für die drei Vertragsformen (vgl. § 675 BGB.) geltende Bestimmung des § 671 Abs. 2 BGB. über die sog. unzeitige Niederlegung enthält keine Voraussetzung für die Amtsniederlegung. Auch die unzeitige Niederlegung ist wirksam. Dies gilt für jede der drei Vertragsformen. —

Die Wirkung der Amtsniederlegung besteht in der Auflösung des Vertragsverhältnisses für die Zukunft.

Im übrigen gelten für die Rechtsfolgen der Amtsniederlegung, insbesondere für die Erfüllungs- und Schadensersatzansprüche die Sondervorschriften der §§ 628, 671 Abs 2 BGB., zu welchen die allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff. BGB. ergänzend hinzutreten.

Für das vor dem 1. Januar 1900 entstandene Schuldverhältnis zwischen dem Aufsichtsratsmitglied und der Aktiengesellschaft bleibt während der Dauer der Wahlperiode grundsätzlich das bisherige Recht maßgebend. Soweit nach altem Rechte ein Dienstverhältnis vorliegt, richtet es sich von dem Zeitpunkt ab nach neuem Rechte, in welchem es aufgelöst wäre, wenn die Parteien es zu dem frühesten, vereinbarungsgemäß oder gesetzlich zulässigen Zeitpunkte gekündigt hätten (Artt. 170, 171 BGB.) (283).

β. Zitelmann a. a. O.: Das Vertragsverhältnis kommt erst durch Annahme der Wahl zustande (36) und ist als Auftrag, wenn unentgeltlich, als Dienstvertrag, wenn entgeltlich, zu beurteilen (48, 51). § 627 BGB. kommt selten zur Anwendung (54). Die Amtsniederlegung ist wie die Kündigung in ihren Voraussetzungen und Folgen zu behandeln.

5. Das Verhältnis der Aufsichtsratsmitglieder untereinander.

a) Vorsitz.

α. Biberfeld a. a. O.: Der Aufsichtsrat muß regelmäßig in seiner Gesamtheit die notwendigen Verwaltungs- und Rechtsgeschäfte vornehmen. Der Vorsitzende ist nur dann befugt, im Namen des Aufsichtsrats zu handeln, wenn er Vollmacht hat, deren Besitz er nachweisen muß und die auf dem Gesellschaftsvertrag oder der ausdrücklichen Erteilung durch seine Genossen beruhen kann.

β. Bauers Z. **10** 98: Der Aufsichtsrat wird nicht gesetzlich durch seinen Vorsitzenden vertreten. Stellt lediglich der Vorsitzende ein Vorstandsmitglied an, so erlangt der Vertrag nur dann Wirksamkeit, wenn die anderen Mitglieder des Aufsichtsrats ihm zustimmen. Zustimmung kann auch darin liegen, daß nichts geschieht, die nicht genehmigte Bestellung rückgängig zu machen.

γ. **RG.** HansGerZ. **01** Hauptbl. 204 (vgl. auch zu § 271): Der Vorsitzende des Aufsichtsrats ist nicht dessen gesetzlicher Vertreter; eine gegen den Aufsichtsrat

gerichtete Klage muß deshalb gegen alle Mitglieder des Aufsichtsrats gerichtet werden. Die Zustellung an den Vorsitzenden genügt nach § 171 ZPO.

δ. Bauers Z. 8 29: Die Mitglieder des Aufsichtsrats brauchen sich nicht gefallen zu lassen, daß der Vorsitzende durch Übergang zu einem neuen Punkte der Tagesordnung, durch vorzeitigen Schluß der Debatte oder ähnliche Maßnahmen die Abstimmung über einen Punkt verhindert, und können dem begegnen, indem sie ihre Stimme bezüglich dieses Punktes zu Protokoll abgeben und das Ergebnis feststellen.

b) Anspruch auf Heranziehung zu den Geschäften.

Bauers Z. 9 246: Der in den Aufsichtsrat Gewählte kann gegen jeden klagen, der ihn an der Ausübung seiner Aufsichtsobliegenheiten hindert, oder der ihn von den gemeinsamen Beratungen, Beschlußfassungen und Prüfungen ganz oder teilweise ausschließen will. Vgl. Nr. 2 b α zu § 231 und 3 c zu § 232.

c) Abstimmung.

Bauers Z. **10** 171: Ein Aufsichtsratsmitglied braucht sich nicht deshalb der Stimme zu enthalten, weil es an der Beschlußfassung interessiert ist. § 187 BGB. ist nicht anwendbar.

d) Benachrichtigung ausgebliebener Mitglieder.

Bauers Z. 8 146 wird die Frage verneint, ob den zur Sitzung nicht erschienenen Aufsichtsratsmitgliedern die gefaßten Beschlüsse auf Verlangen schriftlich mitgeteilt werden müssen; die Beratungen beruhen im allgemeinen auf dem Grundsatze der Unmittelbar- und Mündlichkeit.

e) Bauers Z. **10** 247: Das einzelne Aufsichtsratsmitglied kann seine in Bezug auf den Aufsichtsratsbericht von der Mehrheit abweichende Anschauung durch Protokollierung seiner Ansicht im Aufsichtsratsprotokolle, durch Widerspruch in der Generalversammlung, oder gemäß § 271⁴ zur Geltung bringen.

**§ 244.** 1. Geißmar, Holdheims MSchr. **10** 154: Der Registerrichter hat nicht zu prüfen, ob die Wahlen ordnungsgemäß erfolgt sind, da die Vorlage der Bekanntmachung über die Veränderungen im Aufsichtsrate nicht bezweckt, eine solche Nachprüfung zu ermöglichen.

2. Bauers Z. 8 52: Die Frage, ob auch die wiedergewählten Aufsichtsratsmitglieder in den Gesellschaftsblättern veröffentlicht werden müssen, ist, streng juristisch genommen, zu bejahen.

Literatur: Vgl. zu § 237; ferner: Keyßner, Vom Aufsichtsrat und dessen Vergütung, Goldschmidts Z. 48 508. — Oswalt, Nochmals die Tantième des Aufsichtsrats, Holdheims MSchr. 9 220. — Tantième des Aufsichtsrats, ZAktWes. 9 10. — Wie müssen unter der Herrschaft des neuen HGB. bei den AGen die Tantièmen des Aufsichtsrats berechnet werden? Das. 77 ff.

**§ 245.** 1. Übergangszeit.

Rießer, Neuerungen 28 ff: § 245 gilt auch für vor dem 1. 1. 1900 begründete Gesellschaften, dagegen nicht für deren am 31. 12. 1899 ablaufendes Geschäftsjahr. Auch wenn man annehmen will, daß der Tantièmeanspruch erst mit Ablauf des Geschäftsjahrs, also unter Herrschaft des neuen Rechtes entstanden ist, muß man beachten, daß die gesamte Tätigkeit des Aufsichtsrats, für welche die Tantième gewährt wird, in das Herrschaftsgebiet des alten Rechtes fällt. Man darf nicht davon ausgehen, mangels ausdrücklicher Bestimmungen, daß das neue Recht solche Verhältnisse ergreifen wollte. Fällt auch nur ein Teil des Geschäftsjahrs in die Zeit nach dem 1. 1. 1900, so ist das neue Recht maßgebend.

2. Darf das Statut die Höhe des Prozentsatzes, nach welchem die Tantième zu berechnen ist, von der Höhe der Rücklagen abhängig machen?

a) Verneinend AG. Frankfurt und Pinner, Holdheims MSchr. **9** 118, 158: Die Fassung und Entstehungsgeschichte vom § 245 zeigt, daß er sich nicht

darauf hat beschränken wollen, zu bestimmen, daß die Tantième von dem wirklich verteilten Reingewinne gezahlt werden soll. Das Gesetz verbietet ferner, daß die Tantième vom Reservefonds berechnet werde, schließt daher auch eine Berechnung nach einem diesem Fonds entsprechenden Betrage (Rücklagen) aus. Die angedeutete Berechnungsweise ist zudem mit den Zwecken des Gesetzes nicht vereinbar.

b) Bejahend: LG. Frankfurt und Oswalt a. a. O.: § 245 bestimmt den Dividendus, aber nicht den Divisor. Die Entstehungsgeschichte bietet keinen Anhalt für die Beschränkung. Der als Tantième zu gewährende Prozentsatz des Reingewinns ist seiner Höhe nach unbeschränkt.

3. Andersartige Tantièmezusicherungen.

a) Pinner, Gruchots Beitr. **44** 646: Die Gewährung einer festbestimmten oder nach dem Durchschnittsverhältnisse früherer Tantièmen berechneten Vergütung ist zulässig. Vgl. Nr. 8 zu § 237:

b) Müller a. a. O. 29 hält folgende Bestimmung für zulässig: Der Aufsichtsrat empfängt eine jährliche feste Vergütung von . . . Mark. (Als feste Summe ist hier die nach einem Reingewinne von 4 % zu berechnende Dividende einzusetzen.) Außerdem wird ihm von demjenigen Teile des Reingewinns, welcher nach Abzug einer Dividende von 4 % übrig bleibt, eine Tantième von a % zugesichert. Die feste Vergütung und die Tantième zusammen sollen jedoch in keinem Jahre mehr betragen, als b % vom gesamten Reingewinne, wie solcher in der Bilanz den gesetzlichen Vorschriften gemäß festgestellt wird.

4. Pinner a. a. O. 657: Abs. 2 ist zwingender Natur und hat rückwirkende Kraft.

Literatur: Vgl. vor § 243, ferner: Auf welche Weise kann die Generalversammlung für den Aufsichtsrat gültige Anordnungen treffen? Bauers Z **10** 29. — Die Generalversammlung ist nicht befugt, in die statutarischen Rechte des Aufsichtsrats einzugreifen, Bauers Z. **10** 122. — Über die Grenzen der Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats bezüglich seiner Kontrolltätigkeit, Bauers Z. **10** 2?0. — Von der Bücherprüfungspflicht des Aufsichtsrats. Die Abhaltung von Aufsichtsratssitzungen ohne Zuziehung des Vorstandes. Das. **9** 122.

**§ 246.** 1. Die Aufgaben des Aufsichtsrats im allgemeinen.

a) Rießer, Zur Aufsichtsratsfrage 292ff., macht Reformvorschläge und bemerkt zu dem geltenden Rechte, daß man bei den Erörterungen über den Aufsichtsrat dessen beratende Tätigkeit zu wenig bewerte. Für die Auslegung des § 246 ist sein Verhältnis zu § 249 maßgebend. Einige Schriftsteller (Esser 5 zu § 246, Simon, Bilanzen (2) 158[24], Tscharmann, Aufsichtsrat 22, Pinner II 1 b) wollen Verpflichtungen aus § 246 nur insoweit anerkennen, als sie in den Rahmen des § 249 fallen (z. B. Stichproben genügen lassen). Andere (Bauer 97, Loeb 7, Küntzel 43) lassen § 246 vorgehen und legen ihn wörtlich aus (300f.).

Diese letzteren muten dem Gesetzgeber zu, etwas Unerreichbares, Unerzwingbares, Unvernünftiges vorgeschrieben zu haben (304). Daß der Gesetzgeber an eine vollständige Überwachung nicht gedacht hat beweisen die §§ 249 [3], 306 [6], nach denen der Aufsichtsrat für wichtige, die Gesellschaft schädigende Handlungen nur dann haftet, wenn sie „mit seinem Wissen" vorgenommen sind. Umfang, Ziel und Inhalt der Überwachung sind je nach der Sonderart des Betriebs durchaus verschieden (307).

b) Simonson, BankA. **1** 23f., faßt das Verhältnis von §§ 246 zu 249 dahin auf, daß im § 246 die Pflichten des Aufsichtsrats nicht erschöpfend geregelt sind.

2. Kontrollbefugnisse.

Küntzel 43: Die im § 246 aufgezählten Kontrollmittel schließen weitergehende nicht aus, so nicht die Befragung der Gesellschaftsbeamten über geschäftliche Angelegenheiten und der Kundschaft über ihre Zufriedenheit, Beobachtung des geschäftlichen und außergeschäftlichen Lebens des Vorstandes.

3. Die Befugnisse stehen nur dem Aufsichtsrate, nicht seinen einzelnen Mitgliedern zu.

a) OLG. **4** 469 (Hamburg), HansGerZ. **02** Hauptbl. 53: Dem einzelnen Mitgliede des Aufsichtsrats steht das Recht nicht zu, vom Geschäftsführer zu verlangen, daß er ihm Einsicht in die Bücher und Papiere der Gesellschaft gewähre. Nur der Aufsichtsrat als solcher hat dieses Recht.

b) Zustimmend Wittkowsky, JW. **01** 768. Dieser empfiehlt, den § 246 dahin abzuändern, daß die daselbst nur dem Aufsichtsrat in corpore zustehenden Rechte jedem einzelnen Mitgliede desselben zugebilligt werden mit der Maßgabe, daß dies durch den Gesellschaftsvertrag nicht abgeändert werden darf. Um einem eventuellen Mißbrauche vorzubeugen, mag der Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen seitens eines Mitglieds des Aufsichtsrats in ähnlicher Weise unter Strafe gestellt werden, wie dies durch § 9 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes bezüglich der Angestellten geschehen ist. Gegen diesen Vorschlag: Bauers Z. **9** 121.

4. Abs. 1 Satz 3.

Bauers Z. 8 5: Diese Bestimmung ist zwingendes Recht. Überläßt der Aufsichtsrat die Prüfung einem seiner Mitglieder, so haftet er für die aus etwaiger mangelhafter Prüfung entstehenden Schäden der Gesellschaft und dritten Käufern.

5. Zwang gegenüber dem Vorstande.

**RG.** JW. **00** 186: Der Aufsichtsrat hat den Vorstand bei seiner Geschäftsführung nur zu überwachen und kann nur mittels der Generalversammlung einen zwingenden Einfluß auf den Vorstand ausüben; vgl. ferner Nr. 2c zu § 231.

6. Stellung der Generalversammlung zum Aufsichtsrate.

a) Bauers Z. **10** 29: Will die Generalversammlung dem Aufsichtsrat etwas rechtsverbindlich anbefehlen, so muß sie den Weg der Statutenänderung wählen.

b) Bauers Z. **10** 122 führt in Anlaß eines Einzelfalls aus, daß, wenn im Statute die Zustimmung des Aufsichtsrats zu einer Maßnahme des Vorstandes gefordert wird, die Generalversammlung nicht befugt ist, die Zustimmung des Aufsichtsrats zu reprobieren. Fällt sie einen derartigen Beschluß, so ist der Vorstand nicht gehalten, ihn zu beachten.

c) SeuffA. **57** 324 (Hamburg): Ein Beschluß der Generalversammlung, der in die Obliegenheiten des Aufsichtsrats eingreift, ist ungültig.

**§ 247.** Bauers Z. 8 50: § 247 enthält nur die formelle Ermächtigung des Kontrollorgans zur Vertretung der Gesellschaft bei Rechtsgeschäften zwischen dieser und den Vorstandsmitgliedern, weil letztere nicht mit sich selbst kontrahieren können. In materieller Hinsicht bestimmt er nichts; der Aufsichtsrat vermag Verträge mit dem Vorstande für die Gesellschaft nur insofern einzugehen, als Gesetz und Statut dem nicht entgegenstehen.

Literatur: Fuld, Inkomptabilität von Vorstand und Aufsichtsrat, ZAktWes. **10** 81. — Biberfeld, ZAktWes. **10** 61 84, 232.

**§ 248.** 1. Vorübergehende Behinderung.

a) Fuld a. a. O.: § 248 enthält eine Ausnahme von dem Satze, daß die Funktionen des Vorstandes nicht von Mitgliedern des Aufsichtsrats und umgekehrt wahrgenommen werden können, und ist strikt zu interpretieren. Er kann

daher nicht Anwendung finden, wenn es sich um periodisch wiederkehrende Verhinderungsfälle handelt, die von vornherein feststehen.

b) LG. I Berlin, R. 00 153: Die Erlaubnis vorübergehender Vertretung ist als Ausnahme strikt zu interpretieren. Sie ist nicht gegeben für den Fall, daß die Verhinderung eines Vorstandsmitglieds von vornherein als wiederkehrende dadurch gegeben ist, daß das Vorstandsmitglied zugleich im Vorstand einer anderen Gesellschaft ist, beide Gesellschaften im Vertragsverhältnisse stehen und insoweit die Behinderung rechtlich und dauernd vorliegt und in der Organisation des Vorstandes begründet ist.

c) Biberfeld, a. a. O. 85: Die Beendigung der Verhinderung muß kalendermäßig feststehen.

2. Ist § 248 beim Tode eines Vorstandsmitglieds anwendbar?

a) Verneinend: ZAktWes. 10 232: Ausgeschiedene oder verstorbene Mitglieder sind nicht „behindert". Damit entfällt die gesetzliche Voraussetzung der Anwendbarkeit; ebenso Biberfeld, ZAktWes. 10 85.

b) Bejahend:

α. Fuld a. a. O.: Die Bejahung steht mit dem Wortlaute „behindert" nicht in Widerspruch und entspricht der Absicht des Gesetzes, die Geschäftsführung der kleinen AG en zu erleichtern.

β. Ebenso Keyßner, AG. Anm. 5.

γ. Ebenso Küntzel a. a. O. 30 unter Berufung auf das praktische Bedürfnis und auf die Geschichte des Gesetzes, welche zeige, daß der Wortlaut, welcher allerdings auf den Fall nicht passe, nur eine durch den Wunsch nach Kürze veranlaßte Ungenauigkeit sei.

δ. KGJ. 20 A 164 (KG.), RJA. 1 55, CBlFrG. 1 173, OLG. 1 186, R. 00 331, Goldschmidts Z. 51 243: Der Aufsichtsrat einer AG. kann für einen im voraus begrenzten Zeitraum eines seiner Mitglieder zum Stellvertreter eines verstorbenen Mitglieds des Vorstandes bestellen.

3. Voraussetzung der Ernennbarkeit.

Biberfeld, ZAktWes. 10 86: Ist statutenmäßig für die Vorstandsmitglieder ein bestimmter Aktienbesitz vorgeschrieben, so gilt diese Beschränkung auch für die nach § 248 ernannten Vertreter (86).

4. Wirksamkeit der Bestellung.

Keyßner Anm. 5, 6: Nicht die Tatsache der Behinderung ist für die Wirkung der durch den Aufsichtsrat erfolgten Bestellung entscheidend, sondern die erfolgte Bestellung. Dieselbe ist einzutragen in das Handelsregister, aber auch ohne das wirksam, und bleibt wirksam, bis durch Löschung die Bestellung widerrufen ist.

5. Rückwirkung.

**RG.** 48 40, JW 01 234, DJZ. 01 189, Holdheims MSchr. 10 120: § 248 ist im öffentlichen Interesse gegeben und gilt daher auch für alle früher gegründeten AG.en.

Literatur: Bondi, Gerichtsstand für Regreßklagen gegen Aufsichtsratsmitglieder, DJZ. 03 397.

**§ 249.** 1. Verletzung der Sorgfalt durch Annahme der Wahl zum Aufsichtsrate.

a) Küntzel, Aufsichtsrat 52: Die in Abs. 1 vorgeschriebene Sorgfalt kann schon durch die Annahme der Wahl verletzt werden; nämlich dann, wenn der Gewählte nicht die Eigenschaften besitzt, deren er zur Annahme der Wahl bedarf.

b) Fuld, ZAktWes. 10 110: Zu einer Beseitigung der nicht wünschenswerten allzu starken Kumulierung von Aufsichtsratsstellen würde es beitragen, wenn sich die Gerichte auf den Standpunkt stellen würden, daß u. U. schon die Annahme

der Wahl zum Aufsichtsrat einer AG., deren Interesse mit dem einer anderen AG. kollidiert, für welche der Gewählte bereits als Aufsichtsratsmitglied fungiert, eine Verletzung der dem Aufsichtsrat obliegenden Pflicht darstellt, ihn also schadensersatzpflichtig macht.

2. Wegen der Frage, inwieweit der Aufsichtsrat sich ersatzpflichtig macht, wenn er vor der Eingehung kostspieliger Unternehmungen es unterläßt, die Generalversammlung zu befragen, vgl. Nr. 4 zu § 241.

3. Beweislast.

Küntzel 56: Die Verletzung der Sorgfalt und der Zusammenhang mit der Schädigung sind von der auf Ersatz klagenden Gesellschaft zu beweisen (56). (A. A. Ring Nr. 3, Pinner II 56.) Der von der herrschenden Meinung aufgestellte Satz, daß die Beweislast dem verklagten Schuldner obliege, wenn die Klage auf eine bereits vor der unerlaubten Handlung bestehende Vertragsobligation gestützt werde, kann hier nicht Anwendung finden. Er setzt eine genau substanziierte vertragsmäßige Pflicht voraus, an der es hier fehlt (58).

4. Haftung bei Ausführung eines Beschlusses der Generalversammlung.

a) Küntzel: Das verklagte Aufsichtsratsmitglied kann gegen die Haftbarmachung einwenden, daß die schädigende Maßregel auf einem Beschlusse der Gesellschaft beruht. Dies folgt daraus, daß die Aufsichtsratsmitglieder in einem Vertragsverhältnisse zur Gesellschaft stehen, und die Generalversammlung das oberste Organ der Gesellschaft ist, sowie daß die Aufsichtsratsmitglieder den Anweisungen der Generalversammlung im allgemeinen Folge zu leisten haben und sich aus der Nichtbefolgung solcher Anweisungen haftbar machen.

b) Makower IIb will den Einwand nicht zulassen, wenn der Generalversammlungsbeschluß wegen Verstoßes gegen Gesetz oder Satzung nichtig oder unverbindlich war. In diesem Falle ist der Beschluß der Generalversammlung, welche gleichfalls nur Gesellschaftsbehörde und nicht mit der AG. identisch ist, auch als Anweisung unwirksam.

Dagegen Küntzel 60: Es ist unbillig, daß die Gesellschaft als Klägerin sich darauf soll berufen können, daß der Aufsichtsrat einen von ihr selbst in der Generalversammlung gefaßten Beschluß nicht hätte ausführen dürfen. Vgl. auch Nr. 2 zu § 241.

5. Abs. 3. a) Küntzel 61: Mit „Ersatz" in Abs. 3 ist nicht Erstattung der gegen das Gesetz dem Gesellschaftsvermögen entzogenen Beträge ohne Rücksicht auf etwaigen Schaden gemeint (so Lehmann-Ring 481), sondern Schadensersatz wie in Abs. 2. Dies folgt aus dem Wortlaut und dem Zwecke der Vorschrift.

b) Lehmann-Ring a. a O. Anm. 5 zu § 241: Der Schadensersatz wird durch den Beweis des betreffenden Tatbestandes ersetzt.

c) Zu Abs. 3. Vgl. ferner Nr. 7 zu § 241.

6. Gerichtsstand.

Bondi a. a. O.: Für eine Regreßklage ist ein Gerichtsstand aus den §§ 22, 31 ZPO. nicht begründet. § 22 ist nicht anwendbar, weil mit der Regreßklage kein Anspruch aus dem Gesellschaftsverhältnisse geltend gemacht wird. § 31 kann nicht verwertet werden, weil dem Aufsichtsrat eine Vermögensverwaltung nicht obliegt. § 32 kann nicht in Frage kommen, soweit nur ein zivilrechtliches Verschulden vorliegt. § 29 versagt, wenn die verschiedenen Mitglieder des Aufsichtsrats laut Statut ihre Kontrolle an verschiedenen Orten auszuüben haben (§ 269 BGB.). — Es empfiehlt sich daher, eine Bestimmung über den Gerichtsstand in das Statut aufzunehmen, oder, wenn eine solche fehlt, gemäß § 36 Abs. 3 ZPO. die Bestellung eines Gerichts durch das höhere Gericht herbeizuführen.

Literatur: Aktionär- und Generalversammlungen, ZAktWes. **12** 202. — Mayer, Das Majoritätsrecht der Generalversammlung, JLBl. **31** 388. ⟹ Enthalten beide nur allgemeine Ausführungen. ⟸ — Einschränkung der Diskussionsfreiheit bei Generalversammlungen, ZAktWes. **9** 171.

**§ 250.** 1. ZAktWes. **9** 171: Das Recht auf Diskussion der auf der Tagesordnung gesetzten Fragen kann nicht durch einen Beschluß der Generalversammlung dahingehend beseitigt werden, daß eine Diskussion nicht stattfinden solle. Zwar handelt es sich nur um ein Mitglieds-, nicht um ein Sonderrecht, das an sich durch Mehrheitsbeschlüsse der Generalversammlung beschränkt werden kann, doch darf durch einen solchen Beschluß nicht das Stimmrecht, welches Sonderrecht ist, illusorisch gemacht werden, was der Fall wäre, wenn jede Diskussion abgeschnitten würde.

2. Über die Kompetenz der Generalversammlung gegenüber dem Aufsichtsrat s. Nr. 6 zu § 246.

Literatur: Mayer, Über Präsenzmarken, an welche die Zuwendung eines Vorteils aus dem Vermögen der AG. geknüpft ist, Holdheims MSchr. **9** 141.

**§ 251.** 1. Mayer a. a. O.: Die Ausgabe von Präsenzmarken für die Beteiligung an einer Generalversammlung, die gegen den versprochenen Gegenwert nur dann eingelöst werden, wenn eine beschlußfähige Versammlung zustande gekommen ist, ist eine, trotz gewisser rechtlicher und wirtschaftlicher Bedenken, zulässige emptio spei. Die dem Aufsichtsrate von der Generalversammlung für die Teilnahme an Sitzungen zugebilligten Präsenzmarken fallen dagegen unter den Begriff der locatio conductio operarum.

2. Stimmengleichheit.

OLG. Dresden, Holdheims MSchr. **9** 23, SächsOLG. **20** 437, SeuffA. **55** 174: Das Statut kann nicht bestimmen, daß bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag geben soll, da es die gesetzlichen Voraussetzungen des Generalversammlungsbeschlusses zwar erschweren, aber nicht erleichtern kann.

Über diese Frage s. Tecklenburg, AbürgR. **23** 360, Nr. 1 zu § 32 BGB. und Nr. 3c zu §§ 260, 261.

Literatur: Simon, Vertretung eigener und fremder Aktien in Generalversammlungen (Festgabe der Rechtsanwaltschaft des KG. für Wilke). — Förtsch, Wer ist zur Ausübung des Stimmrechts auf Grund verpfändeter Aktien berechtigt? R. **03** 501. — Hachenburg, Das Stimmrecht aus verpfändeten Aktien. BankA. **2** 152. — Lehmann, Beiträge zu den Erwerbsgründen des Aktienrechts, Goldschmidts Z. **51** insbes. 399; Zur Verpfändung von Aktien, ZAktWes. **13** 241. — Stimmrecht in Generalversammlungen, ZAktWes. **13** 124. — Mayer, Ausweis der Stimmberechtigung in der Generalversammlung, Holdheims MSchr. **10** 139. — Biberfeld, ZAktWes. **10** 189. Kann sich jemand selbst in den Aufsichtsrat wählen und gegen seine Abberufung stimmen? — Bondi, Sind Aktionäre stimmberechtigt, wenn es sich um ihre Wahl in die Verwaltung der betreffenden Gesellschaft handelt? DJZ. **03** 269 (auch Bauers Z. **10** 226, Holdheims MSchr. **12** 176 und ZAktWes. **13** 124). — Staub, Holdheims MSchr. **12** 176; Bauers Z. 8 243; — Telegraphische Vollmachten für die Generalversammlung, das. **9** 9. — Die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats haben als Aktionäre bei der Beschlußfassung über die Genehmigung der Bilanz usw. das Stimmrecht, das. **9** 146. — Rechtswirkungen von Statutenveränderungen auf das Stimmrecht des Einzelaktionärs (Abdruck aus Bachmann's, zu § 210 zitierter Schrift) das. **9** 150.

**§ 252.** 1. Allgemeines über die Vertretung der Aktien in der Generalversammlung.

Simon a. a. O.: a) Das Recht aus der Aktie und der Rechtsausweis als Aktionär. Das Recht aus der Aktie kann einem anderen zustehen, als dem, der zu seiner Ausübung legitimiert erscheint.

Für die Namensaktien folgt dies aus § 223 (264). Bei der Inhaberaktie ist zur Vertretung legitimiert in analoger Anwendung des § 793 BGB.:

der Inhaber der Aktie, auch wenn er nicht Eigentümer der Aktie, also Aktionär ist (265). Berechtigt zur Vertretung ist nur der Eigentümer (267), nicht der rechtsmäßige Besitzer, nicht der Pfandgläubiger. Dem Unberechtigten kann der Zutritt zur Generalversammlung verweigert werden. Doch liegt der Gesellschaft, wenn sie dies tun will, der Nachweis ob, daß der zur Vertretung der Aktie Legitimierte nicht zur Vertretung berechtigt ist (268). Mißlingt der Beweis, so kann der Pfandaktionär die gefaßten Beschlüsse anfechten; gelingt es, so sind alle durch seine Mitwirkung herbeigeführten Beschlüsse anfechtbar (268).

Ist der Eigentümer einer Aktie nicht in deren Besitz (Pfandgläubiger, Nießbraucher), so liegt regelmäßig eine widerrechtliche Handlung vor, wenn der Besitzer dem Aktionär sein Mitverwaltungsrecht verkümmert, indem er sich weigert die Aktie für den Eigentümer zu hinterlegen (269). Der Vorerbe, nicht der Nacherbe ist Aktionär.

b) Die Berechtigung zur Vertretung fremder Aktien. Fremde Aktien vertritt zunächst derjenige, der zu erkennen gibt, daß er nicht Eigentümer ist, der also einen anderen als Eigentümer bezeichnet, aber als Vertreter dieses anderen auftritt (offene Vertretung) (270). Hierher gehört, der Bevollmächtigte (271, woselbst näheres); vgl. auch Nr. 4), gesetzliche Vertreter (272), zu denen auch gemäß § 26 BGB. der Vorstand der AG.en und der sonstigen Erwerbsgesellschaften gehören, welche Vereinscharakter haben, und diejenigen, die zwar nicht allgemein zu gesetzlichen Vertretern des Aktionärs bestellt sind, denen aber kraft gesetzlicher Bestimmung die Verwaltungsbefugnis bezüglich der Aktien zusteht: Nachlaß-, Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker (272), endlich die Personen, denen das Recht der Verwaltung einer Vermögensgesamtheit zusteht; Ehemann (vgl. Nr. 2), Inhaber der elterlichen Gewalt und ähnliches (273).

Neben der offenen Vertretung findet sich die verdeckte, wenn jemand fremde Aktien unter Verschweigung dieser Tatsache und Benutzung der für die verschiedenen Aktienarten maßgebenden Grundsätze bezüglich der Legitimation in der Generalversammlung vertritt (274). Dabei fragt sich:

α. Unter welchen Umständen ist jemand dem wirklichen Aktionär gegenüber befugt, dessen Aktien zu vertreten?

β. Wann ist der Gesellschaft oder den übrigen Aktionären gegenüber das Auftreten eines solchen Pfandaktionärs rechtswidrig? (275).

Zu α. Ob die rechtsgeschäftliche Befugnis zur Vertretung von Aktien in der Generalversammlung zugleich die Befugnis enthält, als Pfandaktionär aufzutreten, ist Tatfrage. Es erscheint nicht ausgeschlossen, daß zwischen dem Aktionär und der in befugter Weise als Pfandaktionär auftretenden Person ein unmittelbares Rechtsband nicht besteht; so wenn jemand der Bank, die ihn in erster Linie vertreten soll, die Befugnis gibt, die Anmeldung zur Generalversammlung auf den Namen anderer ihr geeignet erscheinender Persönlichkeiten vorzunehmen.

Zu β. Wer dem Aktieneigentümer gegenüber zur Vertretung der Aktie befugt ist, ist es im allgemeinen auch der Gesellschaft gegenüber (278). Nur dann nicht, wenn sich die Legitimationsübertragung als ein Mißbrauch darstellt, d. h. wenn durch sie gesetzliche oder statutarische Bestimmungen vereitelt werden, so z. B. die Bestimmung, daß ein Aktionär nur einen anderen Aktionär bevollmächtigen darf, und zur Umgehung dessen ein Aktionär die Legitimationsübertragung auf einen Dritten vornimmt; oder der Vorschrift, daß kein Aktionär mehr als 10 Stimmen auf sich vereinigen darf, oder des Satzes, daß Aktien des Vorstandes bei der Abstimmung über die Entlastung des Vorstandes nicht mitzählen (279).

c) Über die Vertretung fremder Aktien durch Banken und Bankiers mit Rücksicht auf das Bankdepotgesetz vgl. a. a. O. 279 ff.

d) Über die strafrechtlichen Folgen rechtswidriger Vertretung von Aktien . Nr. 1 zu § 317, § 318.

e) Die zivilrechtlichen Folgen der rechtswidrigen Vertretung von Aktien, 298: Wer widerrechtlich fremde Aktien vertritt, macht sich nach § 823 BGB. schadensersatzpflichtig. Er braucht nicht zur Generalversammlung zugelassen zu werden. Doch liegt bei Zurückweisung der Beweis der mangelnden Vertretungsberechtigung der AG. ob. Ist eine widerrechtlich abgegebene Stimme für einen Beschluß ausschlaggebend gewesen, so unterliegt der Beschluß der Anfechtung. Haben an einer Generalversammlung nur solche Personen teilgenommen, die zwar äußerlich als Aktionäre legitimiert, aber weder Aktionäre, noch Vertreter von Aktionären waren, so ist in Wirklichkeit ein Beschluß der Generalversammlung nicht zustande gekommen, weil Aktionäre in der Generalversammlung nicht vertreten waren (299). Ein solcher Scheinbeschluß ist nichtig, ohne daß es einer Anfechtung bedürfte.

2. Stimmrecht der einer Ehefrau gehörenden Aktien.

a) Jastrow, Form.Buch II 379, Muster 208, Anm. 23: Gehört eine Aktie zum eingebrachten Gute einer Ehefrau, die im gesetzlichen Güterstande lebt, so übt der Mann das Stimmrecht aus; insoweit die Abstimmung aber eine Verfügung über die Aktie und die Übernahme einer Verpflichtung für die Frau darstellt, bedarf er der Zustimmung der Frau. Wegen der hieraus sich ergebenden Zweifel empfiehlt es sich, über die Ausübuug des Stimmrechts für Ehefrauen auf Grund des Abs. 4 des § 252 statutarische Vorkehrung zu treffen.

b) Lehmann a. a. O.: Gehört die Aktie zum eingebrachten Gute einer Ehefrau, so hat der Ehemann das Stimmrecht. Doch darf er es nicht ausüben, um über das eingebrachte Gut ohne Zustimmung der Ehefrau zu verfügen, z. B. auf Sonderrechte verzichten (406). Bei Gütergemeinschaft unterliegt er dieser Beschränkung nicht (407). Der Inhaber der elterlichen Gewalt kann über die Aktien seines Mündels durch Verkauf, Abstimmung usw. frei verfügen (408).

c) Simon a. a. O. 272 f.: Aus § 1375 BGB. folgt, daß der Ehemann die Aktien seiner Ehefrau in der Generalversammlung zu vertreten befugt ist. Die Anmeldung von Aktien zur Generalversammlung enthält keine „Verfügung" über die Aktie. Die Wahrnehmung der Rechte des Aktionärs an der Generalversammlung ist nicht Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung, durch welche das Mitverwaltungsrecht des Aktionärs betätigt wird.

Da nach § 1363 BGB. der Regel nach Verwaltungsgemeinschaft vorliegt, und eine Vermutung dagegen spricht, daß die Aktien Vorbehaltsgut sind, so wird der Ehemann als solcher als Vertreter seiner Frau für die ihr gehörigen Aktien schlechthin als legitimiert anzusehen sein.

3. Stimmrecht bei verpfändeten Aktien.

a) Hachenburg a. a. O. 152 f.: Durch die Verpfändung einer Aktie erwirbt der Pfandgläubiger kein Recht, in der Generalversammlung zu stimmen, Abschrift von Bilanz und Bericht zu fordern, Bezugsrechte auszuüben.

Er ist vielmehr verpflichtet, dem Verpfänder die Ausübung des Stimmrechts usw. zu ermöglichen. Ist dazu Hinterlegung der Aktie vorgeschrieben, so muß er hinterlegen. Sein Recht wird dadurch nicht gefährdet; die tatsächliche Gefährdung (Verlust, Diebstahl, Brand) kann nur dazu führen, den Verpfänder mit den Versicherungskosten gegen solche Unfälle zu belasten. (Vgl. §§ 1281, 1285 BGB.).

Bevollmächtigt der Verpfänder den Pfandnehmer zur Vertretung seiner Aktien, so ist letzterer an die Instruktionen des ersteren gebunden. Tritt er ihm im Verpfändungsvertrag das Recht zur Ausübung des Stimmrechts ab, so ist der Pfandnehmer in der Ausübung des Stimmrechts frei, soweit es sich um seine Interessen als Pfandgläubiger handelt (z. B. hinsichtlich der Abschreibungen und

der Dividende), im übrigen (z. B. hinsichtlich der Frage, ob ein Vorstandsmitglied für Schaden zur Verantwortung zu ziehen sei) muß er im Sinne und Interesse des Aktionärs stimmen. Die Vollmacht ist nach § 188 BGB. nicht jederzeit widerruflich.

b) Lehmann a. a. O. 399: Der Pfandgläubiger einer Aktie wird nicht Mitglied der AG.; das Stimmrecht steht allein dem Aktionär zu. Ist zu dessen Ausübung die Vorlegung oder Hinterlegung der Aktie erforderlich, so ist der Pfandgläubiger verpflichtet, dies, ohne daß er den Besitz verliert, zu ermöglichen, etwa die Aktie so bei der AG. zu hinterlegen, daß die Herausgabe nur an ihn und den Aktionär gemeinschaftlich erfolgen kann (399). Ähnlich gestalten sich die Verhältnisse, wenn ein Nießbrauch an einer Aktie bestellt ist. Der Aktionär ist dem Nießbraucher gegenüber verpflichtet, sein Stimmrecht so auszuüben, daß der Nießbrauch nicht beeinträchtigt wird (401 ff.).

c) Förtsch, R. **03** 561: α. Der Aktionär verliert durch Verpfändung seiner Aktien nicht das Stimmrecht.

β. Der Pfandgläubiger ist bei Inhaberaktien nach § 1006 BGB. der Aktiengesellschaft gegenüber zur Stimmabgabe legitimiert. Muß er anerkennen, daß er nur Pfandbesitz hat, so wirkt § 1006 BGB. nach Abs. 3 zugunsten des Eigentümers. Benutzt er die Aktien ohne Einwilligung des Verpfänders zur Abstimmung, so macht er sich nach § 318 HGB. strafbar. Kann er daher die Einwilligung nicht nachweisen, so ist er nicht zur Abstimmung zuzulassen. Ein durch seine Abstimmung zustande gekommener Beschluß ist anfechtbar. Der Pfandgläubiger darf insoweit nicht abstimmen, als der Aktionär selbst nicht würde mitstimmen dürfen. — Der Pfandgläubiger darf in eigenem Namen abstimmen, da die AG. kein Interesse daran hat, daß er im Namen des Eigentümers sich an der Abstimmung beteilige.

γ. Der Bankier, dem Aktien irregulariter verpfändet sind (§§ 1 f. des Bankdepotgesetzes vom 5. Juli 1896), ist stimmberechtigt erst, wenn er sich die Aktien angeeignet hat. Zwischen Pinner, § 318 Anm. II 1 b, der dem Bankier sub qu. qu. die Befugnis zuerkennt, die Aktien zur Stimmabgabe zu benutzen, und Staub, Anm. 3 zu § 318, der Übergang in das Eigentum verlangt, besteht kein Unterschied: denn die Benutzung zur Stimmabgabe schafft Eigentumsübergang.

d) ZAktWes. **13** 241: Das Stimmrecht verbleibt dem Aktionär (die Gegenansicht kann nicht auf § 1213 BGB. verweisen, weil das Stimmrecht Mitverwaltungsrecht ist und nicht zu den „Früchten" gehört). Der Pfandgläubiger ist auf Grund seines Besitzes nicht zur Abstimmung befugt, dagegen kann er von der Gesellschaft nicht zurückgewiesen werden, wenn der Aktionär ihm die Ausübung des Stimmrechts überläßt.

4. Bevollmächtigung (Abs. 2).

a) α. Simon a. a. O.: Bestimmungen des Inhalts, daß der Aktionär nicht beliebige Personen, sondern nur entweder andere Aktionäre oder Verwandte zu Bevollmächtigten bestellen kann, sind gültig nach Abs. 4, da sie eine Bedingung der Ausübung des Stimmrechts enthalten.

β. **RG.** s. unter Nr. 6 a γ: Gültig ist eine statutarische Bestimmung des Inhalts, daß ein Aktionär, wenn er nicht selbst abstimmen will, nur einen anderen Aktionär, nicht jeden beliebigen Dritten bevollmächtigen darf.

b) Biberfeld, ZAktWes. **10** 193: Abs. 2 Satz 1 und 1. Halbsatz des Satz 2 sind zwingendes Recht. Nicht der 2. Halbsatz, anderenfalls müßte die Vollmacht stets Spezialvollmacht sein; während eine allgemeine Handlungsvollmacht und Prokura genügt, und der Nachweis durch einen Handelsregisterauszug ausreicht.

c) Bauers Z. 9 9: Gemäß § 127 BGB. genügt im Zweifel auch telegraphische Vollmacht.

5. Ausschluß von der Ausübung des Stimmrechts (Abs. 3).

a) Satz 1. Vorstand und Aufsichtsrat.

α. Küntzel, Aufsichtsrat 69: Abs. 3 steht der Beteiligung der Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats der AG. an der Abstimmung über Geltendmachung usw. eines Ersatzanspruchs nach § 202 nicht entgegen. Wenngleich die Genannten in diesen Fällen nach § 203 haften, also mittelbar an der Beschlußfassung interessiert sind, so werden sie doch nicht durch diese entlastet oder von einer Verbindlichkeit befreit. Die Stimmrechtsbeschränkung darf nicht über ihren Wortlaut hinaus ausgedehnt werden; vgl. auch Nr. 3 b zu §§ 260, 261.

β. Bauers Z. 9 146: Die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats dürfen als Aktionäre über die Genehmigung der Bilanz usw. mitstimmen, wie **RG.** v. 28. 10. 01 für die Gesellschaften m. b. H. entschieden hat. Die Vorlegung der Bilanz geschieht, um dem § 260 zu genügen. Ihre Genehmigung bedeutet nicht Genehmigung der Geschäftsführung und Entlastung.

b) Satz 2. Beteiligte Aktionäre.

α. Biberfeld, ZAktWes. **10** 191: Abs. 3 ist dahin zu verstehen, daß von dem Stimmrecht ausgeschlossen sein soll ein Aktionär, mit welchem ein Rechtsgeschäft abgeschlossen werden soll, bei dem er ebenso gut auch dann, wenn er nicht Mitglied der Gesellschaft wäre, deren Gegenkontrahent sein könnte (also nicht ein Vorstandsmitglied bei der Abstimmung über einen ihm zu erteilenden Auftrag).

Jedoch dürfen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder nicht an der Abstimmung über ihre Tantième teilnehmen. Diese logische Konsequenz aus dem Vorgesagten ist abzulehnen, weil sie dem Willen des Gesetzgebers, Kollisionen zwischen Privat- und Gesellschaftsinteresse zu vermeiden, widerspricht.

β. Holdheims MSchr. **12** 108, KGJ. **25** A 253 (KG.): Der Geschäftsführer einer Gesellschaft ist nicht stimmberechtigt, wenn es sich um seine Wahl handelt. In der Anstellung liegt die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm. Auch ist der Beschluß insofern für ihn von vermögensrechtlicher Bedeutung, als er eine Vergütung beanspruchen kann.

γ. A. A. Staub, Holdheims MSchr. **12** 176: Abs. 3 steht seiner Beteiligung an der Abstimmung nur entgegen, wenn es sich um Rechtsgeschäfte handelt, welche mit ihm als einer fremden Person abgeschlossen werden sollen, nicht aber, soweit organisatorische Rechtsgeschäfte in Frage stünden.

A. A. auch Bondi a. a. O. unter Berufung auf die herrschende Meinung und die praktischen Unzuträglichkeiten jener Entscheidung.

c) Vgl. Nr. 3 a β zu § 271.

6. Statutarische Bedingungen für die Ausübung des Stimmrechts (Abs. 4).

a) Grenzen der Zulässigkeit.

α. Simon a. a. O.: Bestimmungen des Inhalts, daß gewisse Aktionäre, z. B. Frauen, Ausländer, Personen, denen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, ihr Stimmrecht nicht selbst ausüben dürfen, vielmehr Vertreter bestellen müssen, sind nichtig. Damit würde den Aktionären ein Grundrecht, nämlich das Mitverwaltungsrecht entzogen. Es ist unzulässig, Personen, die Aktien erwerben dürfen, das Auftreten in der Generalversammlung zu verbieten (274).

β. OLG. **6** 190 (Hamburg), Bauers Z. **10** 199, BankA. **2** 111: Die Bedingungen der Ausübung des Stimmrechts setzt der Gesellschaftsvertrag fest, doch darf er keine Beschränkungen enthalten, die dem Aktionär das Stimmrecht tatsächlich entziehen. Eine solche Beschränkung ist nicht in der Bestimmung zu

finden, daß nur großjährige männliche Aktionäre persönliches Stimmrecht haben, während die anderen Aktionäre sich durch einen Aktionär in Ausübung des Stimmrechts vertreten lassen müssen.

γ. **RG.** (in Aufhebung der Entscheidung zu β) **55** 41; BankA. **3** 10, 32, HansGerZ. **03** 236, JW. **03** 294, DJZ. **03** 346, Bauers Z. **10** 271, Holdheims MSchr. **12** 211, R. **03** 486: Die Bestimmung, daß nur großjährige männliche Aktionäre persönliches Stimmrecht haben sollen, enthält eine unzulässige Einschränkung der gesetzlich geschützten Aktionärrechte. § 252 kennt keinen Zwang, seine Stimme durch einen Vertreter abgeben zu lassen.

δ. Hiergegen Biberfeld, ZAktWes. **12** 79: Satz 1 des Abs. 1 ist zwar zwingendes Recht; doch kann in dem Statute gewissen Mitgliedern für die Ausübung des Stimmrechts die Bestellung eines Vertreters zur Pflicht gemacht werden.

b) Umgehung.

Bauers Z. **10** 59: Umgeht ein Aktionär die statutarische Bestimmung, daß kein Aktionär mehr als eine gewisse Anzahl von Stimmen haben dürfe, dadurch, daß er Aktien zur Stimmabgabe ausleiht, so sind die hierdurch beeinflußten Beschlüsse anfechtbar.

c) Vgl. zu § 255 und Nr. 3 b zu § 260.

7. Einfluß der Bestimmungen auf alte AG.en.

a) OLG. **2** 516 (Dresden): Die Statutenbestimmungen von AG.en älteren Rechtes, daß nach Aktien (statt nach Aktienbeträgen) abzustimmen ist, sind in Gültigkeit geblieben.

b) **RG.** s. o. 6 a γ: Die Vorschrift des § 252, daß kein Aktionär gezwungen werden kann, seine Stimme durch einen Vertreter abgeben zu lassen, gilt auch für die vor dem 1. 1. 00 entstandenen Gesellschaften.

**§ 253.** 1. **RG.** ZAktWes. **9** 109: Beschlüsse einer Generalversammlung, die nach einem anderen Orte als dem Gesellschaftssitze berufen worden ist, sind ungültig.

Dagegen Biberfeld, ZAktWes. **9** 145 ff.: Das Statut braucht keine Bestimmung über den Ort der Generalversammlung zu enthalten. Ist auch regelmäßig zu vermuten, daß sie am Orte des Gesellschaftssitzes stattfinden soll, so ist diese Vermutug doch nicht ein Satz zwingenden Rechtes.

2. Über die Verpflichtung des Vorstandes und Aufsichtsrats, die Generalversammlung zu berufen, s. Nr. 4 zu § 241.

**§ 254.** KGBl. **14** 7 (KG.), Holdheims MSchr. **12** 52, BankA. **2** 91, Bauers Z. **10** 108, R. **03** 161: Die Generalversammlung hat nicht das Recht, der Aktionärminderheit, welche die Berufung der Versammlung verlangt hat, dann, wenn die Gesellschaftsorgane dem Verlangen der Minderheit entsprochen haben, die Kosten der Tagung zur Last zu legen. Abs. 4 bezieht sich nur auf den Fall des Abs. 3, nicht auch des Abs. 1.

**§ 255.** 1. Abs. 2. Rießer, Neuerungen 49: Das Statut kann bestimmen, daß die Aktionäre, die ihre Aktien bei einem Notar hinterlegen, den notariellen Hinterlegungsschein innerhalb der gesetzlich als Mindestfrist geforderten zweiwöchigen Hinterlegungsfrist einzureichen haben.

2. Abs. 3. Rießer, das. 50: Nicht nur die Ausübung des Stimmrechts, sondern auch die Teilnahme an der Generalversammlung kann durch das Statut von Bedingungen, z. B. von vorgängiger Hinterlegung der Aktien, abhängig gemacht werden. Arg. e contr. aus Abs. 3.

Zweifelnd Riesenfeld, Einfluß des neuen Aktienrechts 66; vgl. auch 3 a α zu § 271.

3. a) **Pinner** II 2 zu § 252: Bestimmt das Statut nichts über das Recht der Teilnahme an einer Generalversammlung, oder beschränkt es nur das Stimmrecht, so ist das Recht der Teilnahme und Diskussion auch denen gegeben, die nicht mitstimmen dürfen. Zwar behandeln die Abs. 2, 3 des § 255 die Ausübung des Stimmrechts und das Recht zur Teilnahme identisch; doch liegt wohl nur eine inkorrekte Ausdrucksweise vor, da eine nähere Motivierung fehlt.

b) **Biberfeld**, ZAktWes. **10** 192, meint dagegen, daß Abs. 3 absichtlich die Teilnahme im Gegensatze zur Abstimmung behandelt. Dafür spricht, daß auch die Möglichkeit, den Beratungen zu folgen und auf ihr Ergebnis einzuwirken, praktische Bedeutung hat.

**§ 256.** SächsOLG. **23** 454: Die bei der Einberufung der Generalversammlung veröffentlichte Tagesordnung ist, wie jede privatrechtliche Willenserklärung, der Auslegung nach allgemeinen Grundsätzen zugänglich. Die Generalversammlung kann daher z. B. über die Geltendmachung von Regreßansprüchen verhandeln und beschließen, auch wenn dieser Punkt nicht auf der Tagesordnung steht, sofern nur deren übriger Inhalt einen darauf gerichteten Antrag wahrscheinlich machte.

**§ 258.** **Jastrow**, Form.Buch II 361, Muster 205 Anm. 44b: Das Aktionärverzeichnis muß bei Veränderungen während der Versammlung derart auf dem Laufenden erhalten werden, daß man aus Protokoll und Verzeichnis zusammen den Präsenzstand bei jeder Abstimmung ersehen kann.

**§ 259.** **Jastrow** a. a. O. § 259 Anm. 1, 5 (228 ff.): Betreffs der Beurkundung der Versammlungsbeschlüsse kommen neben den §§ 258, 259 weder andere reichsrechtliche noch auch landesrechtliche Vorschriften zur Anwendung. Dies gilt auch betreffs der Gerichtssprache und zwar unter Ausschluß anderweiter statutarischer Festsetzungen.

Durch das Statut kann (abgesehen von der Gerichtssprache) die Verhandlung in der Generalversammlung näher bestimmt werden. Die Gültigkeit des Protokolls wird zwar dadurch nicht beeinträchtigt, daß es die Beachtung derartiger Bestimmungen nicht beurkundet; aber es wird solchenfalls die statutenmäßige Art der Beschlußfassung durch das Protokoll nicht bewiesen.

Die Aufbewahrung und Ausfertigung des Protokolls, die **äußere** Form der Urkunde, die Gewährung der Einsicht, sowie die Ausschließung des Richters oder Notars, bestimmt sich nach Landesrecht.

Literatur: **Rehm**, Die Bilanzen der AG.en, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, KG.en auf Aktien usw. 1904. — **Simon**, Die Bilanzen der AG.en und der KG.en auf Aktien (2). 1900. — **Bauer**, Inventur und Bilanz bei AG.en. — **Beigel**, Buchführungsrecht der AG.en, im besonderen die Bilanz der AG.en nach dem neuen HGB. 1902. — **Berliner**, Schwierige Fälle der kaufmännischen Buchhaltung. 1902. — **Knappe**, Die Bilanzen der AG en. 1903. — **Beigel**, Das Giroobligo in den Bilanzen der AG.en, ZAktWes. **13** 34. — **Biberfeld**, Feststellung der Jahresbilanz und Entlastung des Vorstandes durch die Generalversammlung, ZAktWes. **10** 4. — **Ders.**, Beiträge zur Lehre von der Bilanz, ZAktWes. **12** 12. — **Cohn**, Beitrag zur Frage der Prüfung der Bilanz, seiner Gewinn- und seiner Verlustrechnung durch den Registerrichter, Holdheims MSchr. **11** 254. — **Ders.**, Prüfung der Bilanz, sowie der Gewinn- und Verlustrechnung durch den Registerrichter, R **02** 381. — **Ders.**, Kann eine Genossenschaft gezwungen werden, eine den Begriff der Bilanz verletzende statutarische Bestimmung zu streichen? DJZ. **03** 442. — **Fellmetz**, Die Regreßverbindlichkeiten in der Aktienbilanz, BadVerwZ. **35** 83. — **Fuld**, Die Anfechtung der Bilanz durch Aktionäre, ZAktWes. **12** 48. — **Neukamp**, Das Dogma von der Bilanzwahrheit, Goldschmidts Z. **48** 450. — **Nothnagel**, Die Entlastung des Vorstandes einer AG. in der Generalversammlung der Aktionäre, ÖstAGZ. **01** 111. — **Pinner**, Entlastung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, DJZ. **03** 470. — **Simon**, Betrachtungen über Bilanzen und Geschäftsberichte bei AG.en, in der Festgabe der Jur.G. in Berlin für Koch 1903, 379 ff. — Einige Ausführungen zu den Bewertungsgrundsätzen in der Bilanz, Bauers Z. 8 175. — Wesen und Verwendung des Erneuerungsfonds bei AG.en und Gesellschaften m. b. H., das. 8 198. Die Abschreibungen auf Grund und

Boden, sowie auf Gebäude bei AG.en, das. **9** 103. Wie sind Patente, Marken- und Musterschutz, Vertragsrechte, Lizenzen usw. bei AG.en zu bewerten? das. **9** 125. Aktivposten in der Buchführung und in der Bilanz. Gerichts- und Anwaltskosten, sowie Projektkosten als Bilanzaktiva, das. **9** 148. Die Verteilung des bilanzmäßigen Gewinns ohne vorherige Genehmigung der Bilanz, das. **9** 174. Sicherheitshypotheken und Lombardierungen brauchen in der Bilanz nicht besonders erkennbar gemacht zu werden, das. **9** 219. Dürfen die in einer früheren Inventur unter dem Herstellungswerte bewerteten Waren in einer späteren Bilanz zu dem wirklichen Herstellungspreis eingestellt werden? das. **10** 124. Vgl. auch die Literatur zu § 265.

Bemerkung: Die umfassenden Werke von Rehm, Simon, Knappe und Beigel haben in diesem Jahrgange keine Berücksichtigung finden können.

**§§ 260, 261.** 1. Die Bilanzaufstellung. Vgl. auch Nr. 2 c β zu § 265.

a) Dauer des Geschäftsjahrs (vgl. auch zu § 39 Abs. 2).

α. OLG. **4** 463 (KG.): Das erste Geschäftsjahr kann weder durch den Gesellschaftsvertrag, noch durch sonstige Bestimmung über die Dauer von 12 Monaten erstreckt werden.

β. OLG. **7** 1 (KG.), BankA. **3** 10, Bauers Z. **10** 252, R. **03** 507: Die Vorschrift, daß jährlich eine Bilanz zu errichten, ist zwingend. Eine Bilanz kann auch nachträglich vom Registergericht erfordert werden. Nur dann würde ihre Aufstellung im Ordnungsstrafverfahren nicht erzwungen werden können, wenn ihre nachträgliche Aufnahme unmöglich sein sollte.

b) Hauptniederlassung und Filialen. Denzler, Filiale: Die Bilanz wird auch da, wo die AG. mit Zweigniederlassungen arbeitet, einheitlich für das ganze Vermögen der Gesellschaft aufgestellt (309). Über die verschiedenen Methoden der Bilanzaufstellung und ihre rechtliche Würdigung s. 309 bis 319. Eine Pflicht, geteilte Bilanzen (d. h. Bilanzen für jede einzelne Niederlassung) aufzustellen, läßt sich aus dem Gesetze nicht herleiten (319). Die leitenden Sätze für die Aufstellung der Bilanzen müssen bei den einzelnen Zweigniederlassungen dieselben sein (das.).

c) Allgemeine Grundsätze für die Bewertung der Bilanzposten.

α. Neukamp a. a. O.: Das Gesetz verbietet eine Überschätzung der Aktiva, ordnet andererseits im § 261 Ziff. 1 eine Unterbewertung an und fördert die letztere noch weiter dadurch, daß eine Anfechtung wegen Unterbewertung nach § 271 Abs. 3 Satz 2 nur seitens $1/_{20}$ des Grundkapitals erfolgen kann. Es lehnt somit das Dogma der Bilanzwahrheit ab (451—496).

Eine Abweichung vom angeblichen Grundsatz von der sog. Kontinuität der Bilanzansätze (dem Satze, daß die folgende Bilanz die Aktiva nicht höher einsetzen darf, als die vorhergehende) begründet eine Anfechtungsklage nur, wenn willkürlich und grundlos abgewichen wurde (500).

β. Fuld, ZAktWes. **11** 207 ff.: Eine Bilanz i. S. des Gesetzes liegt nur dann vor, wenn sie über Höhe, Art und Weise der Abschreibungen spezialisierte Auskunft gibt. Gerade diese Angaben sind für die Beurteilung des Unternehmens außerordentlich wichtig. Ungenügend ist die Angabe, daß eine Kammgarnspinnerei auf Fabrikgebäude, Maschinen, Ganz- und Halbfabrikate, oder eine Schiffahrtsgesellschaft auf ihre Schiffe eine bestimmte Summe abschreibe.

γ. Fuld, ZAktWes. **12** 45 ff.: Die Bilanz kann angefochten werden nur, wenn bei der Aufmachung der Bilanz gegen Statut oder Gesetz verstoßen ist. Ein solcher Verstoß liegt nicht nur in einer mit § 261 in Widerspruch stehenden Höherbewertung der Aktiva, sondern auch dann vor, wenn die Taxation sich bei der Bilanzaufstellung in willkürlichen Ansätzen gefällt, ohne sich an den reellen Wert, der nach der Absicht des Gesetzgebers allein maßgebend sein soll, zu halten.

δ. Cohn, Holdheims MSchr. **11** 254: Die Aufnahme des Bruttogewinns in die Bilanz ist unzulässig, weil in ihm noch die Unkosten enthalten sind, die Bilanz daher kein Bild der tatsächlichen Verhältnisse der Gesellschaft gibt. Der Registerrichter muß nach § 265 einschreiten, wenn nicht außerdem noch der Reingewinn zur Darstellung gelangt ist.

ε. Bauers Z. **10** 25: Mit Rücksicht auf § 261 z. B. ist es nicht zulässig, wenn der Vorstand einen Bilanzverlust, ohne ihn in der Bilanz als solchen kenntlich zu machen, ohne weiteres aus dem Reservefonds deckt.

d) Einzelheiten über die Bewertung bei der Bilanzaufstellung usw.

α. Cohn, DJZ. **03** 442: Die Vorschriften des § 261 Nr. 1—3 sind dispositiver, Nr. 4—6 zwingender Natur. Die dispositive Natur der Nr. 1—3 besteht darin, daß die dort angegebenen Vermögensobjekte nach einem geschätzten Werte in die Bilanz aufgenommen, nicht aber darin, daß sie aus derselben völlig ausgeschieden werden. Ein Fortlassen eines Aktivpostens ist unzulässig, weil es den Begriff der Bilanz verletzt.

β. Bauers Z. **8** 175: Bei der Bewertung von zum Börsenhandel zugelassenen, aber nicht notierten Wertpapieren ist zu unterscheiden, ob die Nichtnotierung auf Entwertung oder auf Mangel von Angebot und Nachfrage zurückzuführen ist. Im ersten Falle sind die Papiere nach § 40 Abs. 2 HGB. zu schätzen, im zweiten können unbedenklich die nach § 261 in Betracht kommenden Werte eingesetzt werden.

γ. Fellmetz a. a. O. tut im Anschluß an Ausführuugen von Beigel in der Straßburger Post dar, daß dem Erlaß einer äußerst wünschenswerten gesetzlichen Bestimmung, wonach die Eventualverbindlichkeiten, namentlich aber der Giroobligo bei weiter begebenen Wechseln im Rahmen der Aktienbilanz seinen Ausdruck zu finden habe, ein buchhaltungstechnisches Hindernis nicht entgegensteht.

δ. Holdheims MSchr. **11** 247 (Naumburg), Bauers Z. **10** 56: Befindet sich zur Zeit der Bilanzaufmachung im Gesellschaftsvermögen ein zwar unentgeltlich, aber zu einem bestimmten Zwecke, z. B. Bahnbau, erworbenes Grundstück, läßt sich also dessen Wert nicht gemäß § 261 bemessen, so bewendet es bei der aus § 40 zu entnehmenden allgemeinen Regel, daß der Geschäftswert unter den Aktiven zur Erscheinung zu bringen ist.

ε. Bauers Z. **10** 124 ff.: Die Bewertung zum Herstellungspreise ist auch dann zulässig, wenn dieselben Waren in einer früheren Bilanz unter diesem Preise bewertet waren.

η. Vgl. auch Nr. 3 zu § 262.

2. Die Gewinn- und Verlustrechnung.

HansGerZ. **02** 30 (Hamburg): In der Gewinn- und Verlustrechnung ist eine Spezialisierung durch Angabe der Höhe der Abschreibungen nicht begrifflich erforderlich. Der Zwang zur Offenlegung würde mit Rücksicht auf die Konkurrenz zu weittragenden Folgen führen. Derselben Ansicht Simon (2) 257, Esser 205.

3. Die Entlastung des Vorstandes und Aufsichtsrats.

a) Bauers Z. **8** 74: Der Aufsichtsrat hat einen klagbaren Anspruch auf Entlastung nur dann, wenn ihn der Gesellschaftsvertrag als entlastungsbedürftig bezeichnet.

b) Beschlußfassung über die Entlastung.

α. Holdheims MSchr. **12** 214 (Köln), R. **03** 486: Bei der Abstimmung über die Entlastung eines einzelnen Mitglieds des Aufsichtsrats, deren Möglichkeit aus § 249 folgt, ist den übrigen im Besitze von Aktien befindlichen Mitgliedern des Aufsichtsrats nach § 252[3] das Stimmrecht jedenfalls so lange zu

versagen, als nicht von der Generalversammlung festgestellt ist, daß sich die Entlastung nur auf ein ausschließlich von dem einzelnen Aufsichtsratsmitgliede zu vertretendes Geschäft bezieht.

Es kann daher zwar nacheinander über die Entlastung der einzelnen Mitglieder abgestimmt werden, doch dürfen die Mitglieder an keiner der Abstimmungen teilnehmen.

β. Dazu **RG. 55** 75, DJZ. **03** 404, Holdheims MSchr. **12** 279, ZAktWes. **13** 120, JW. **03** 294, BankA. **3** 10: Über die Entlastung des Aufsichtsrats kann nicht in der Weise beschlossen werden, daß über die Entlastung jedes einzelnen Mitglieds besonders abgestimmt wird, es muß vielmehr über die Entlastung des Aufsichtsrats im ganzen Beschluß gefaßt werden.

Der Aufsichtsrat besitzt zwar selbst keine juristische Persönlichkeit, ist aber wie der Vorstand, einer Kollegialbehörde vergleichbar. Bei der Entlastung durch die Generalversammlung handelt es sich nicht darum, anzuerkennen, daß gegen dieses oder jenes Organsmitglied kein Anspruch wegen Pflichtverletzung bestehe, sondern darum, ob die durch die Vorlagen nach § 260 vor Augen geführte Verwaltungstätigkeit überhaupt die in dem verflossenen Geschäftsjahr entfaltete Wirksamkeit der beiden durch die Vorlagen Rechenschaft ablegenden Organe der Gesellschaft für einwandsfrei erklärt werden soll oder nicht.

γ. Dazu Pinner, DJZ. **03** 470: Da nicht das Organ des Vorstandes und Aufsichtsrats, sondern die Mitglieder desselben haften, ist auch nur ihnen und nicht dem Organ Entlastung zu erteilen. — Es kann einzeln abgestimmt, einzelnen Mitgliedern Entlastung erteilt, anderen versagt werden; es kann auch jedes Mitglied auf Entlastung allein klagen.

δ. Vgl. Nr. 5a zu § 252.

c) Stimmengleichheit bei der Beschlußfassung.

Tecklenburg, AbürgR. **23** 390: Wenn die Abstimmung über die Genehmigung der Bilanz Stimmengleichheit, die über den darauf vorgelegten Änderungsvorschlag wiederum Stimmengleichheit ergibt, so würde die herrschende Ansicht in beiden Fällen Ablehnung annehmen. Hier muß aber die eine oder die andere Alternative als beschlossen angesehen werden. Damit tritt diese Beschlußfassung aus der Reihe der sonstigen heraus und zwar an die Seite der Wahlen. Wie bei diesen muß hier Abstimmung und Ausschlag geschieden und für den letzteren ein Kriterium — hier nach Analogie des § 196 IV HGB. — bestimmt werden; s. auch Nr. 2 zu § 251.

4. Enthält die Bilanzgenehmigung die Entlastung des Vorstandes und Aufsichtsrats?

**RG. 44** 67 f., ZAktWes. **10** 43, SeuffA. **55** 175, SächsA. **10** 364: Die Entlastung, die Sache der Generalversammlung ist, kann begrifflich der Regel nach nur erfolgen, wenn die Bilanz genehmigt ist, es sei denn, daß es sich um Bilanzbemängelungen handelt, die nebensächlicher Natur sind. Daher ist anzunehmen, daß §§ 260, 264 es für selbstverständlich erachten, daß die Vertagung der Verhandlung über die Genehmigung der Bilanz notwendig auch die Vertagung der Verhandlung über die Gewinnverteilung und Entlastung nach sich zieht, sofern die Beanstandungen der Bilanz nicht offensichtlich ohne Rückwirkungen auf diese Verhältnisse sind.

5. Wirkung und Umfang der Entlastung.

a) Rothnagel a. a. O. behandelt die Entlastung des Vorstandes einer AG. in der Generalversammlung der Aktionäre nach österreichischem Rechte. Von allgemeinem Interesse sind folgende Ergebnisse: Durch die ordnungsmäßig zustande gekommene Entlastung werden sämtliche Geschäftsführungshandlungen des

Vorstandes, welche aus den Vorlegeberichten erkennbar werden, sogar die dolosen, gedeckt. Was dagegen auch bei gewissenhafter Prüfung nicht erkennbar war, wird nicht gedeckt, selbst wenn es bereits in publizistischer Diskussion gestanden hat. Hierin liegt die einzige Remedurmöglichkeit, falls der Vorstand seine Entlastung durch die Generalversammlung mittelst Strohmännern herbeiführt (102).

b) Biberfeld, ZAktWes. **10** 4: Die Feststellung der Bilanz ist endgültig, hat eine der Rechtskraft ähnliche Wirkung. Die Entlastung erfolgt immer nur unter der Voraussetzung, daß die vorgelegten Unterlagen ein richtiges und vollständiges Bild der Geschäftslage ergeben und kann, wenn sich nachträglich die Voraussetzung als trügerisch erweist, aufgehoben werden.

6. Bedingte Entlastung.

Bauers Z. **8** 218: Die bedingungsweise Bilanzgenehmigung und Entlastungserteilung an Vorstand und Aufsichtsrat ist nach § 158 BGB. zu beurteilen.

7. Bauers Z. **9** 174: In dem Beschluß auf Gewinnverteilung ist eine stillschweigende Genehmigung der Bilanz enthalten. Demjenigen, der der Gewinnverteilung zugestimmt hat, ohne die Bilanz zu bemängeln, kann die Einrede der Arglist entgegengehalten werden, wenn er nachträglich Einwendungen macht.

8. Bauers Z. **9** 50: Änderungen und Ergänzungen des Geschäftsberichts durch den Vorstand sind nicht mehr ohne Zustimmung des Aufsichtsrats zulässig, wenn dieser seine nach § 260 der Generalversammlung vorzulegenden Bemerkungen dazu gemacht hat.

9. Zu der Frage, wie das einzelne Aufsichtsratsmitglied seine von der Mehrheit abweichende Ansicht geltend machen kann, vgl. Nr. 5e zu § 243.

10. Über die Mitteilungspflicht nach Abs. 2 vgl. Nr. 3 zu § 312.

Literatur: Alterthum, Der Reservefonds der AG., AbürgR. **23** 96. — Fellmetz, Die Anlage des Reservefonds, BadVerwZ. **53** 153. — Geißmar, Unter welchen Voraussetzungen kann der das gesetzliche Minimum übersteigende Betrag des Reservefonds ausgeschüttet und zur Erhöhung des Aktienkapitals verwendet werden? Holdheims MSchr. **11** 10. — Goldstein, Das Schicksal des Reservefonds im Konkurse der AG., DJZ. **02** 528. — Seidler, Über den Reservefonds, Holdheims MSchr. **9** 107. — Die Anlegung des Reservefonds, ZAktWes. **11** 153. — Absonderung der Reserven der AG., ZAktWes. **12** 7. — Von den stillen Reserven bei der AG., Bauers Z. **9** 250.

**§ 262.** 1. Allgemeines.

a) Alterthum a. a. O. definiert den Reservefonds im Sinne des § 262 HGB. in Übereinstimmung mit Dernburg, BürgR. I 229, im Gegensatze zu Neukamp, Goldschmidts Z. **38** 10ff., als denjenigen Teil des Vermögens der Aktiengesellschaft, welcher nicht Grundkapital bildet, aber auch nicht unter die Aktionäre verteilt werden darf. Nach seiner Meinung darf die Generalversammlung durch Statuten ändernden Beschluß die Bildung von Reservefonds aus dem Reingewinn anordnen, wenn die Bildung solcher Fonds im Lebensinteresse der Gesellschaft liegt. Gegen einen solchen Beschluß hat der Aktionär die Anfechtungsklage des § 271 des HGB. Er bekämpft die vom Reichsgerichte vertretene, von Staub gebilligte Anschauung, daß ein gemäß § 262 Ziff. 1 des HGB. gebildeter Reservefonds, der das im Gesetz normierte Mindestmaß überschritten hat, auf dieses Mindestmaß reduziert und der so frei werdende Betrag zu anderen Zwecken verwendet werden dürfe.

b) Sievers, DJZ. **03** 85ff.: Der Reservefonds darf nicht zur Deckung eines Verlustes oder aus einer einzelnen Geschäftsoperation, die nachteilig ausgeschlagen ist, oder aus einem einzelnen mit Schaden verknüpften Ereignisse er-

wachsen ist, herangezogen werden. Auf den Reservefonds ist immer nur dann zurückzugreifen, wenn und insoweit sich im ganzen ein Verlust ergibt. Vgl. auch Nr. 2 vor § 210.

2. Die Änderung der Bestimmung eines freiwilligen Reservefonds (s. auch N. 1 a).

a) Geißmar a. a. O.: Die Umwandlung des auf Statut beruhenden Reservefonds im Wege der Statutenänderung ist zulässig. Das gleiche gilt von den dem gesetzlichen Reservefonds zugeführten Beträgen die, vom Agiogewinn abgesehen, zehn Prozent des Grundkapitals übersteigen, wie die frühere Rechtsprechung und die Geschichte des Paragraphen ergibt. (A. A. Simon, Bilanzen 261.) Soll dieser Überschuß zur Erhöhung des Aktienkapitals verwendet werden, so müssen 1. die Statuten dahin geändert werden, daß der Reservefonds jährlich 5 % des Reingewinns erhält, bis er den 10. Teil des Grundkapitals erreicht hat, und daß ein etwaiger Mehrbetrag, sofern er nicht vom Agiogewinne herrührt, an die Aktionäre ausgeschüttet werden soll, 2. das Kapital erhöht werden. Die Ausschüttung des Fonds an die Aktionäre und die Wiedereinzahlung durch diese auf die neuen Aktien kann nicht durch Buchung ersetzt werden, da die §§ 284³. 195³ bare Einzahlung fordern.

b) Vgl. Nr. 1 a und Nr. 2 zu § 210.

3. Reingewinn in Ziff. 1.

OLG. **6** 28 (KG.), ZAktWes. **10** 147, CBlFrG. **3** 627: Bei Beantwortung der Frage, ob die auf Grund von Dividendengarantien von Dritten gezahlten Beträge zum Reinertrag einer Aktiengesellschaft gehören und deshalb bei Berechnung der Rücklagen zum Reservefonds mit in Betracht zu ziehen sind, ist zu unterscheiden, ob es sich um eine Rentabilitätsgarantie handelt und der Garant zur Deckung der Unterbilanz verpflichtet ist, oder ob es sich lediglich um die Verpflichtung zur Deckung der Dividendenfehlbeträge handelt.

Im ersten Falle muß die Fehlsumme als Forderung an den Garanten gebucht und auf Gewinnkonto gutgebracht werden. Im zweiten Falle ist die Aktiengesellschaft im Falle der Inanspruchnahme der Garantie nur Zahlungsvermittlerin. Die von Garanten gezahlten Beträge gebühren nicht ihr, sondern ihren Aktionären.

4. Zu Abs. 3 und über die Schaffung von Vorzugsaktien gegen Zuzahlung ohne Erhöhung des Grundkapitals vgl. N. 1 zu § 211.

**§ 264.** 1. **RG.** SeuffA. **55** 175, SächsA. **10** 364: Ein Generalversammlungsbeschluß, durch welchen einerseits die Verhandlung über eine Bilanz mit Rücksicht auf den Widerspruch einzelner Aktionäre vertagt und die Prüfung einer späteren Generalversammlung vorbehalten wird, aber andererseits dem Vorstande trotz dieser Vertagung Entlastung erteilt wird, ist ungültig. Wohl aber ist es möglich, daß nach vorgenommener Prüfung der Bilanz die Genehmigung derselben versagt, aber Entlastung erteilt wird. Vgl. auch dieselbe Entscheidung Nr. 4 zu § 260.

2. LG. Eisenach, Bauers Z. **9** 223: § 264 ist nur anwendbar, wenn klar ersichtlich ist, welcher Ansatz der Bilanz bemängelt werden soll, und worin dieser Mangel bestehen soll. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt, wenn „sämtliche" Ansätze der Bilanz bemängelt werden.

3. Abermalige Vertagung.

Rießer, Neuerungen 47: Die Minderheit kann auch eine dritte Vertagung fordern. Begründet sie es damit, daß die von dem Vorstande gegebene Aufklärung über die beanstandeten Bilanzsätze nicht genügend sei, so hat sie dies zu beweisen. Gegen eine dritte Vertagung, Esser Nr. 2.

Literatur: Biberfeld, Beiträge zur Lehre von der Bilanz, ZAktWes. **12** 12f. — Cohn, Beitrag zur Frage der Prüfung der Bilanz, seiner Gewinn- und seiner Verlustrechnung durch den Registerrichter, Holdheims MSchr. **10** 253. — Ders., Prüfung der Bilanz, sowie der Gewinn- und Verlustrechnung durch den Registerrichter, R. **02** 381. — Geißmar, Prüfung der Bilanz durch den Registerrichter, Holdheims MSchr. **10** 151 ff., 245 ff. — Fuld, Bilanz und Abschreibung, ZAktWes. **11** 203. — Art. 239⁶ des alten und § 265 des neuen HGB., ZAktWes. **9** 19. — Bilanz-Publikationen und Registergerichte, ZAktWes. **11** 75, 97. — Tobias, Muß die Bilanzbekanntmachung in deutscher Sprache erfolgen? Holdheims MSchr. **12** 85, ZAktWes. **13** 97.

**§ 265.** 1. Tobias a. a. O.: Die Bekanntmachung der Bilanz braucht nicht in deutscher Sprache zu erfolgen, sie ist kein öffentlich-rechtlicher Akt. A. A. RIA. **2** 175 (KG.).

2. Hat der Registerrichter die Befolgung der Bilanzvorschriften usw. zu prüfen?

a) Bejahend:

α. ZAktWes. **11** 97: § 265 soll nach der Denkschrift dem Registerrichter die Möglichkeit geben, den Vorstand gegebenenfalls zur Einreichung einer eine genügende Vermögensübersicht gewährenden Bilanz durch Ordnungsstrafen zu zwingen. Diese Befugnis läßt sich, obwohl im § 319² nicht erwähnt, aus § 14 herleiten.

β. Fuld a. a. O. folgert aus der Geschichte des § 265 und dem § 14, daß die Bilanz von Amts wegen, wie auf Antrag eines Aktionärs von dem Registerrichter beanstandet werden kann, wenn die Aufstellung derart ist, daß die Höhe der Abschreibungen bei den einzelnen Kategorien und Teilen des Gesellschaftsvermögens sich nicht erkennen läßt, oder die Bilanz sonst unverständlich ist.

γ. Cohn a. a. O.: Der Registerrichter hat zu prüfen nicht nur, ob die Bilanz bekannt gemacht ist, sondern auch, ob die bekannt gemachte Bilanz den Charakter einer Bilanz trägt. Ebenso hat er die ihm vorgelegte Gewinn- und Verlustrechnung darauf zu prüfen, ob sie den Charakter einer solchen hat. Er hat zu kontrollieren, ob sie vollständig sind, und eventl. auf Vervollständigung hinzuwirken. Unvollständigkeit liegt z. B. da vor, wo in der Gewinn- und Verlustrechnung ein Gewinnvortrag steht, der in der Bilanz nicht als Passivum figuriert. Der Registerrichter hat ferner zu prüfen, ob § 261 Nr. 4, 5, 6 beachtet sind.

b) Verneinend:

α. Geißmar a. a. O.: Der Vorstand hat seiner Verpflichtung genügt, wenn er die von der Generalversammlung genehmigte Bilanz bekannt macht und die Bekanntmachung zum Handelsregister einreicht.

Der Registerrichter hat weder das Recht noch die Pflicht, die Bilanz auf ihre Übereinstimmung mit dem Gesetze zu prüfen. Die Vorlage an ihn erfolgt nicht zu dem Zwecke, daß er sie prüfe, sondern damit jedermann davon Einsicht nehmen könne.

Die Genehmigung der Bilanz schafft Gläubigeransprüche, für die Aktionäre auf Dividende, für Vorstand und Aufsichtsrat auf Tantième. Diese privatrechtlichen Folgen sind an die Genehmigung der Bilanz durch die Generalversammlung geknüpft; denn § 260 HGB. überträgt der Generalversammlung die Beschlußfassung über die Gewinnverteilung.

Würde der Vorstand eine nach den Anordnungen des Registerrichters rektifizierte Bilanz der Generalversammlung vorlegen, diese aber die richterliche Bilanz ablehnen, so könnte der Vorstand die Bilanz nicht bekannt machen, weil er nach dem Gesetze die genehmigte Bilanz bekannt zu machen hat. Würde er die richterliche Bilanz gleichwohl publizieren, so könnte sie niemals die erwähnten privatrechtlichen Folgen erzeugen.

Nach der gegnerischen Auffassung würde die wichtigste Befugnis der Aktionäre — durch das Organ der Generalversammlung, über die Gewinnverteilung zu beschließen — in die Hand des Registerrichters gelegt werden, was mit §§ 213 und 260 HGB. in Widerspruch steht.

β. Gegen das Prüfungsrecht auch die meisten Kommentare: Staub Anm. 3, Makower Nr. III, Lehmann-Ring Nr. 2.

γ. Bauers Z. **8** 126: Der Registerrichter ist nicht befugt, den Nachweis über die gesetzlich vorgeschriebene Auslegung der Bilanzvorlagen (§ 263) zu verlangen, da es an einer diesbezüglichen klaren Vorschrift fehlt (arg. § 14).

c) Rechtsprechung.

α. AG. und LG. Hamburg, Holdheims MSchr. **10** 154, 240; R. **01** 496; ZAktWes. **11** 75; Bauers Z. **9** 30: für Prüfungsrecht: Die Denkschrift besagt, daß der Registerrichter summarische Bilanzveröffentlichungen, die eine Übersicht über die Vermögensverhältnisse der AG. nicht gewähren, zurückweisen soll. Die Vorschrift des Abs. 2 soll also die Nachprüfung der Vorschriften des Abs. 1 ermöglichen.

β. OLG. **3** 278 (Hamburg) (unter Aufhebung der Entscheidungen zu α, Holdheims MSchr. **10** 268, HansGerZ. **02** Hauptbl. 20, Goldschmidts Z. **53** 217, R. **01** 567, **02** 18, KGJ. **23** D 19, RJA. **2** 235, Bauers Z. **9** 52: Der Registerrichter hat weder die Pflicht noch das Recht, die Veröffentlichung einer anderen als der von der Generalversammlung genehmigten Gewinn- und Verlustrechnung und Bilanz vorzuschreiben, weil deren Inhalt den gesetzlichen Erfordernissen nicht entspreche. Eine Bilanz im Sinne des HGB. ist gegeben in einem Abschlusse, der das Verhältnis des Vermögens und der Schulden eines Kaufmanns darstellt und bei welchen der Wert der einzelnen Vermögensgegenstände zu dem Zeitpunkt, auf welchen die Bilanz gezogen wird, angegeben wird.

Eine Angabe darüber, wie der Wert berechnet worden ist, ist weder Begriffsmerkmal der Bilanz, noch überhaupt erforderlich. Die Denkschrift ist nicht in der geschehenen Weise aufzufassen; § 261 ist unter den Bestimmungen, deren Befolgung nach § 319 erzwungen werden kann, nicht aufgezählt und die Prüfungspflicht bürdet dem Registerrichter eine unangemessene Verantwortlichkeit auf.

γ. Holdheims MSchr. **11** 148, Bauers Z. **9** 197 (KG.): Der Registerrichter kann zwar nach § 14 durch Ordnungsstrafen darauf hinwirken, daß der Vorstand einer AG. fristgerecht eine Bilanz vorlegt, auch erzwingen, daß die Bilanz bekannt gemacht wird. Indessen kommt das nur in Betracht, wenn die Vorlegung der Bilanz völlig unterlassen oder die vorgelegte Übersicht eine Bilanz im Sinne des Gesetzes nicht ist. Ob die Bilanzziffern richtig sind, hat er nicht zu prüfen.

Literatur: Bauers Z. **9** 101: Das Verhältnis der von der Generalversammlung oder vom Gericht ernannten Revisoren zum Vorstande.

**§ 266.** 1. Bauers Z. a. a. O.: Die Revisoren müssen sich innerhalb des ihnen gewordenen Auftrags halten, können aber insoweit die Mitwirkung und Duldung des Vorstandes in den Grenzen des § 267 durch Beantragung von Ordnungsstrafen usw. erzwingen.

2. OLG. **3** 84, Bauers Z. **9** 9 (KG.): Das Recht des Aktionärs aus § 266 Abs. 2 ist gegenüber dem der Generalversammlung aus Abs. 1 insofern beschränkt, als er Bestellung von Revisoren „zur Prüfung der Bilanz" nicht verlangen kann, vielmehr beschränkt ist auf die Bestellung von Revisoren „zur Prüfung eines Vorganges bei der Gründung oder bei der Geschäftsführung". Voraussetzung der gerichtlichen Bestellung der Revisoren ist, daß der letztere Antrag bereits in der Generalversammlung gestellt, aber abgelehnt ist.

Literatur: Biberfeld, Regreßklagen auf Verlangen der Minderheit, ZAktWes. **11** 1. — Marcus, Die Schutzvorschriften des neuen Aktienrechts durch Verstärkung der Minderheitsrechte und deren Anwendung auf ältere Gesellschaften, Holdheims MSchr. **9** 272. — Mayer, Über den Minoritätenschutz bei AG.en, ÖstAGZ. **51** 392.

**§ 268.** 1. Anwendungsgebiet des § 268.

a) Sachlich. **RG.** JW. **01** 142: Der § 268 bezieht sich nur auf die Regreßklage, nicht auf die Geltendmachung anderer von den Gründern übernommener Verpflichtungen.

b) Zeitlich.

α. Staub Anm. 10: Die Vorschrift findet auch auf älterere Gesellschaften Anwendung, und zwar auch bei Geschäftsführungsvorgängen, die sich unter dem älteren Gesetz, auch unter dem Aktiengesetze von 1884 ereignet haben, dagegen nicht bei älteren Gründungsvorgängen (Art. 23 EG.z.BGB.).

Marcus a. a. O. will sie auch bei diesen anwenden. Art. 23 findet keine Anwendung, da er lediglich von den Voraussetzungen spricht, an deren Nachweis die bisherigen Vorschriften die Eintragung knüpften. § 268 betrifft nicht die Organisation der AG.en, ist also sofort und allgemein anwendbar.

β. OLG. **2** 228 (KG.), RJA. **1** 193, R. **01** 266, Goldschmidts Z. **51** 251, CBlFrG. **1** 737, KGJ. **21** A 80, ZAktWes. **11** 4, Bauers Z. **8** 31: Auch bei einer unter der Herrschaft des Aktiengesetzes vom 18. 7. 84 begründeten AG. steht der Minderheit mit einem Zehntel des Grundkapitals (statt, wie nach früherem Rechte, mit einem Fünftel) das Recht zu, die Verfolgung der Gesellschaftsansprüche zu verlangen, da in der diesbezüglichen Bestimmung des § 268 HGB. allein eine Organisationsänderung der Gesellschaft in Ansehung der Vertretung, nicht aber materielle Ansprüche derselben in Frage stehen.

2. Die Voraussetzungen des Minoritätsanspruchs.

a) Abänderbarkeit der gesetzlichen Voraussetzungen. Biberfeld 6: Die Voraussetzungen können im Statut abgeschwächt werden, da das Gesetz der Minorität die Erhebung der Klage erleichtern wollte. Zwingend sind die Vorschriften über die Hinterlegung und den Nachweis der Besitzdauer des Aktienbesitzes.

b) Geltendmachung des Minderheitsverlangens. RJA. **1** 111 (KG.), KGJ. **20** A 167, CBlFrG. **1** 343, Holdheims MSchr. **9** 240, R. **00** 437, Goldschmidts Z. **51** 250, ZAktWes. **11** 4, Bauers Z. **8** 31: Das Verlangen der Geltendmachung des Anspruchs muß in der Generalversammlung von der gehörigen Minderheit gestellt sein und kann dort wirksam erst gestellt werden, nachdem ein Beschluß ergangen ist, wonach die Mehrheit die Erhebung der Ansprüche ablehnt. Der Antrag der Minderheit, die Generalversammlung wolle beschließen, daß im Namen derselben die Klage erhoben werde, ersetzt nicht das in der Versammlung nach der Beschlußfassung zu erklärende Minderheitsverlangen. Er stellt sich lediglich als ein erfolgloser Antrag dar, einen Mehrheitsbeschluß auf Geltendmachung der Ansprüche herbeizuführen. Wird auf Verlangen der Minderheit geklagt, so wird die Minderheit von der im § 269 Abs. 2—5 statuierten schweren Haftung betroffen, während von solcher Haftung nicht gesprochen werden kann, wenn infolge Mehrheitsbeschlusses geklagt wird. Bei dieser Sachlage ist eine zweifelsfreie Erklärung der Minderheit erforderlich. — Vgl. Nr. 3b zu § 271.

c) Anfechtbarkeit des Beschlusses.

Rießer, Neuerungen 16: Auch diese Minderheitsbeschlüsse sind Beschlüsse der Generalversammlung im Sinne des § 271 und nach diesem Paragraphen anfechtbar; ebenso Biberfeld a. a. O.

3. Prozeßvertreter.

a) Ernennung durch die Generalversammlung.

α. KG. (s. oben 2 b): Die Bezeichnung der Personen, die zu Prozeßvertretern behufs Führung des von der Minderheit verlangten Rechtsstreits durch das Registergericht ernannt werden sollen, kann nur seitens derjenigen Minderheit erfolgen, die das gedachte Verlangen in der Generalversammlung gestellt hat. Sie muß in der Generalversammlung erfolgen oder zum mindesten vorbehalten werden.

β. KG. (s. oben 1 b β): Nicht erfordert das Gesetz, daß die Prozeßvertreter schon in der Generalversammlung bezeichnet werden.

b) Ernennung durch das Registergericht.

KG. (s. 3 a β und 1 b β): Das Registergericht hat nicht zu prüfen, ob der sechsmonatige Aktienbesitz des § 269 Abs. 2 HGB. glaubhaft gemacht ist; ebensowenig hat der Registerrichter darüber zu entscheiden, ob die Rechtsverfolgung aussichtslos erscheint.

c) Umfang der Befugnisse der Prozeßvertreter.

α. SächsOLG. **23** 455, Bauers Z. **9** 5: In der ordentlichen Generalversammlung hat eine Minderheit von 179 Aktionären, deren Anteile $^1/_{10}$ des Grundkapitals erreichen, drei Bevollmächtigte gewählt, welche die protestierenden Aktionäre in dem Regreßprozesse vertreten sollten. Damit waren diese auch legitimiert, alle Schritte zu tun, die zur Erreichung des Zieles dienlich waren, also auch befugt, beim Gericht die Ernennung der Vertreter zu erwirken. Daß die wählenden Aktionäre im Notariatsprotokolle nicht namentlich genannt waren, steht dem nicht entgegen. (Ihre Benennung wird freilich noch notwendig werden.)

β. Dresden, R. **03** 531, Holdheims MSchr. **12** 259: Die gemäß § 268 HGB. bestellten Prozeßvertreter sind nicht berechtigt, vom Vorstande die Einsicht der Bücher und Schriften der Gesellschaft nach § 267 [1] zu verlangen.

4. Vgl. noch im allgemeinen Nr. 1 vor § 210.

**§ 269.** OLG. **6** 508 (Dresden), R. **03** 296, 366, SeuffA. **58** 197, BankA. **2** 142, Bauers Z. **10** 171, SächsOLG. **24** 409: Es ist nicht erforderlich, daß alle Aktionäre der Minderheit Aktien hinterlegen, es genügt, wenn auch nur einer von ihnen eine $^1/_{10}$ des Grundkapitals erreichende Anzahl von Aktien hinterlegt, und es schadet nichts, wenn andere von ihnen keine hinterlegen. Es werden aber nur solche Aktien gezählt, auf Grund deren der Hinterleger in der Generalversammlung das Stimmrecht ausgeübt und die Geltendmachung der Ansprüche der Gesellschaft verlangt hat. Nicht gezählt werden auch diejenigen hinterlegten Aktien, auf Grund deren andere Personen als die Eigentümer in der Generalversammlung, und zwar nicht als deren Bevollmächtigte, gemäß § 252 [2] HGB., oder als Vertreter anderer Art, sondern in eigenem Namen gestimmt haben.

Literatur: Fleischmann, Kommt bei Ablehnung eines Antrags ein Generalversammlungsbeschluß zustande, und unterliegt eine solche Entscheidung der Anfechtung des § 271 HGB.? DJZ. **02** 12 f., Bauers Z. **9** 251.

**§ 271.** 1. Abs. 1. a) Beschluß i. S. des Abs. 1. Fleischmann a. a. O.: Dadurch, daß ein Antrag mit Stimmenmajorität abgelehnt wird, kommt kein den Absichten des Antrags entgegengesetzter Beschluß zustande. Eine Anfechtung ist daher nicht möglich. Für die an sich zulässige Feststellungsklage wird es in der Regel an dem rechtlichen Interesse fehlen.

b) Hamburg, HansGerZ. **01** Hauptbl. 117, R. **01** 181, ZAktWes. **11** 230, Bauers Z. 8 221, OLG. **2** 227: Die Gerichte haben die in §§ 271 ff. aufgestellten gesetzlichen Voraussetzungen der Anfechtungsklage von Amts wegen zu prüfen.

c) Hellwig, Anspruch 463 zu Note 20 (vgl. JDR. 1 vor § 253 ZPO., Nr. 1, 4): Das Urteil ist konstitutiv.

2. Abs. 2: RG. JW. 03 390, ZAktWes. 13 249, BankA. 3 46, Seuff. A. 59 104, DJZ. 03 525, JW. 03 390: Es ist unzulässig, nach Ablauf der im § 271 Abs. 2 bezeichneten Frist die Klage oder Berufung auf Tatumstände zu gründen, aus denen sich eine Verletzung des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrags ganz anderer Art ergeben würde, als ursprünglich behauptet. Darin würde die Erhebung einer verspäteten Klage liegen.

3. Abs. 3. a) Persönliche Voraussetzungen der Anfechtung.

α. Rießer, Neuerungen 14: Im Statute kann als Bedingung nicht nur für die Abstimmung, sondern auch für die bloße Teilnahme an der Generalversammlung die Hinterlegung von Aktien festgesetzt werden. Daher keine unberechtigte Nichtzulassung, wenn ein Aktionär, der dem Beschlusse nicht nachgekommen ist, zurückgewiesen wird. Vgl. auch Nr. 2, 3 zu § 255.

β. RG., Bauers Z. 10 177: Ist einem Aktionär in der Generalversammlung zu Unrecht das Stimmrecht entzogen worden, so kann er nicht nur diesen Beschluß, sondern alle ohne seine Mitwirkung gefaßten Beschlüsse anfechten; da es nicht ausgeschlossen ist, daß er, wenn er bei diesen sein Stimmrecht hätte ausüben können, auch andere Gesellschafter zu abweichender Stimmabgabe hätte bewegen können.

γ. LG. Berlin, R. 00 153: Das Anfechtungsrecht des Aktionärs ist durch seine fortdauernde Eigenschaft als solcher bedingt.

b) Sachliche Voraussetzungen. Hamburg, HansGerZ. 01 118, R. 01 181, ZAktWes. 11 230, OLG. 3 227: Der Widerspruch muß unzweideutig erklärt sein; es genügt nicht, dem gestellten Antrage zu widersprechen (s. o. 1 b); vgl. auch Nr. 2 b zu § 268.

Literatur: Bondi, Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen (§§ 271, 272 HGB.). Zustellung der Klage, DJZ. 03 147. — Goldschmit, Die Nichtigkeit einer AG., Holdheims MSchr. 9 179. — Die Sicherheitsleistung bei Anfechtungsklagen gegen die Beschlüsse der Generalversammlung, ZAktWes. 12 66.

**§ 272.** 1. Gegen wen ist die Klage zu erheben?

a) RG. JW. 01 482, BankA. 1 68, SächsA. 12 196, R. 01 440, 496, 02 512, Holdheims MSchr. 10 283, Bauers Z. 8 245, HansGerZ. 01 Hauptbl. 204: Die Anfechtungsklage aus § 271 HGB. ist gegen die Gesellschaft zu richten, welche durch den Vorstand, sofern dieser nicht selbst klagt und den Aufsichtsrat vertreten wird. Es genügt nicht, daß die Klage nur den Vorsitzenden des Aufsichtsrats erwähnt, denn der Vorsitzende ist nicht gesetzlicher Vertreter des Aufsichtsrats. Vielmehr besteht der Aufsichtsrat aus der Summa seiner Mitglieder, die sämtlich einzeln zu benennen sind. Es steht jedoch nichts im Wege, daß noch nachträglich die übrigen Mitglieder des Aufsichtsrats die Prozeßführung des Vorsitzenden genehmigen und so den Mangel heilen.

b) Dresden, R. 01 593, OLG. 5 277, Bauers Z. 10 54: Die Klage richtet sich gegen die AG., deren gesetzliche Vertreter der Vorstand und der Aufsichtsrat sind. Die unvollständige Bezeichnung der Mitglieder des Aufsichtsrats in der Klage führt nicht zur Klagabweisung und damit nach § 271 regelmäßig zum Verluste des Anfechtungsrechts, sondern kann auch nach Ablauf der Anfechtungsfrist im Prozeß ergänzt werden.

c) Dresden, SächsA. 11 523: Die Anfechtungsklage ist abzuweisen, wenn sie nur dem Vorstande, dagegen keinem einzigen Mitgliede des Aufsichtsrats zugestellt ist. Ebenso im Ergebnisse Kolmar, ElsLothrJZ. 27 365, DJZ. 03 456, ZAktWes. 12 160, Bauers Z. 9 259, welches ausführt: § 171 Abs. 3 ZPO. ist

nicht anwendbar, da er nur den Fall trifft, wo mehrere gesetzliche Vertreter mit gleichem Interesse vorhanden sind.

d) Bondi a. a. O. schließt sich in einer Besprechung der zu b und c mitgeteilten Entscheidungen des OLG. Dresden der Ansicht Staubs Anm. 13 an: Für die Zustellung der Anfechtungsklage gilt § 171 Abs. 3 ZPO.; es genügt, daß an einen der mehreren gesetzlichen Vertreter zugestellt wird, nur muß zur Vermeidung von Kollusionen die Zustellung an mindestens je ein Mitglied des Aufsichtsrats und des Vorstandes erfolgen.

2. Goldschmit a. a. O.: Der Wert des Streitgegenstandes ist nach dem Interesse der klagenden Aktionäre, also nach dem Kurswert ihrer Aktien oder dem Betrage der auf sie entfallenden höheren Dividende, nicht nach dem Gesamtinteresse der Gesellschaft zu bestimmen. Ebenso Pinner, Kommentar § 272 II 8.

3. Das Verlangen auf Sicherheitsbestellung.

a) Goldschmit a. a. O.: Das Verlangen auf Sicherheitsbestellung ist nicht als prozeßhindernde Einrede geltend zu machen, da die hierauf bezügliche Bestimmung in Art. 190a Abs. 3 des alten HGB. weggefallen ist, und § 274 ZPO. nur von der Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten, nicht auch „wegen der den Beklagten drohenden Nachteile" spricht.

b) **RG.** Gruchots Beitr. **46** 1054, R. **02** 49, JW. **02** 91, Bauers Z. **9** 127: Wenn auch § 272 3 die Bestimmung des alten HGB. Art. 190a 3, 222 nicht wiederholt, daß das Verlangen nach Sicherheitsleistung als prozeßhindernde Einrede geltend zu machen sei und deshalb die nur für solche geltenden Vorschriften des § 275 ZPO. nicht anwendbar sind, so verweist doch das HGB. für die Festsetzung der Frist zur Sicherheitsleistung und die Folgen der Versäumung der Frist auf die entsprechende Bestimmung der ZPO. Daher ist § 113 anzuwenden; die Entscheidung ist durch gewöhnliches Zwischenurteil nach § 303 zu erteilen. Beschluß ist nur beim Einverständnis über die Verpflichtung und die Höhe zulässig. In keinem Falle ist die Entscheidung selbständig anfechtbar. Ebenso **RG.** JW. **03** 289, R. **03** 433.

## Vierter Titel.
## Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

**§ 274.** 1. Vgl. die Bemerkungen zum 2. Titel Note 1. —

Bachmann, Die Sonderrechte des Aktionärs. Zürich 1902: Aus der Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft ergibt sich das Selbstbestimmungsrecht dieser Körperschaft gemäß den Bestimmungen, welche für die rechtsgültige Äußerung des Körperschaftswillens im Statute der AG. aufgestellt sind. Hat die AG. einmal die Persönlichkeit erlangt — gewöhnlich an die Eintragung ins Handelsregister geknüpft —, so ist sie damit, weil nun eine eigene Person, losgelöst von ihrem Substrat, dem Gründungsvertrage. Bestimmungen dieses Vertrags, die auch für die AG. als solche verbindlich sein sollen, sind in das Statut aufzunehmen. Dennoch ist das Statut grundverschieden von einem Gesellschaftsvertrag, als welchen man den Gründungsvertrag betrachten könnte. Das Statut ist die Norm, nach welcher sich die Gesellschaft ausleben soll. Es ist deshalb grundsätzlich, sofern seine Abänderung nicht ganz oder für einzelne Teile ausgeschlossen oder erschwert ist, durch einfachen Majoritätsbeschluß des zuständigen Organs — in der Regel der Generalversammlung — abänderungsfähig. Einer Änderung durch Majorität ist das Statut dagegen nicht fähig in jenen Teilen, wo es sich um Rechtsverhältnisse einzelner Aktionäre, wie z. B. der Gründer- oder

Aktionärgruppen, wie z. B. der Prioritätsaktionäre, handelt, weil diesen Bestimmungen Vertragscharakter zukommt.

Diese Auffassung der grundsätzlichen Abänderungsfähigkeit des Statuts in den Fällen, wo Gesetz und Statut sich darüber ausschweigen, führt weiter zur Zulässigkeit der Beschlußfassung mit Majorität über die Herabsetzung und Erhöhung des Grundkapitals, die Kürzung oder Beseitigung des Dividendenrechts oder des Rechtes auf die Liquidationsquote — solange diese Rechte nicht Gläubigerrechte sind — der Umwandlung der Inhaber- in Namenaktien und umgekehrt, der Änderung des Gegenstandes des Unternehmens.

2. Ermächtigung des Aufsichtsrats zur Vornahme von Änderungen am Gesellschaftsvertrage.

a) Riesenfeld, Einfluß des neuen Aktienrechts 77 f.: Die Befugnis zur Vornahme von Fassungsänderungen kann dem Aufsichtsrate durch den Gesellschaftsvertrag oder Generalversammlungsbeschluß, welcher der im § 275 Abs. 1 HGB. gedachten erschwerten Mehrheit bedarf, auch allgemein für die Zukunft übertragen werden.

b) Jastrow, Form.Buch II 356 Muster 205 Anm. 36: Die Vornahme derjenigen Änderungen des Gesellschaftsvertrags, welche der Registerrichter für erforderlich erachten sollte, kann dem Aufsichtsrate nicht übertragen werden. Der Registerrichter darf Änderungen, die nur die Fassung betreffen, nicht verlangen.

3. Wegen der Frage, ob bei einer Statutenänderung die Bestimmungen des ursprünglichen Statuts über die bei der Gründung gemachten Sacheinlagen gestrichen werden dürfen, vgl. Note 2 zu § 186.

**§ 275.** DJZ. **03** 106 (KG.), R. **03** 161: Eine AG., die immaterielle Zwecke verfolgt, ändert den Gegenstand ihres Unternehmens, wenn sie durch die Begründung eines im wesentlichen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs die statutarischen Zwecke nur mittelbar fördern will. (Bau einer Ausstellungshalle für Industrie, Marine und Kunst in einem Zoologischen Garten.)

**§ 277.** 1. BayrObLG., SeuffBl. **66** 131, R. **01** 266, Bauers Z. 8 274: Enthält der Beschluß eine Gesetzwidrigkeit, so kann der Registerrichter die gesetzwidrige Bestimmung nicht streichen, und den übrigen Teil des Beschlusses eintragen. Zu einer solchen Änderung ist nur die Generalversammlung, nicht aber der Registerrichter, auch nicht mit Zustimmung des Vorstandes befugt. In gleichem Sinne OLG. Dresden, SächsA. **10** 325, SächsOLG. **21** 331, Bauers Z. **8** 175, Holdheims MSchr. **9** 283.

2. Bauers Z. **8** 219 (KG.): Die Eintragung eines angefochtenen Beschlusses kann bis zur Erledigung des Prozesses nur ausgesetzt werden nach § 127 FrGG., wenn berechtigte Zweifel an der Gültigkeit bestehen, und durch die alsbaldige Eintragung wesentliche Interessen verletzt würden. Die Verfügung über den Ersatz des alleinigen Vorstandes einer AG. kann, soweit eine sofortige sachliche Entscheidung geboten ist, überhaupt nicht ausgesetzt werden.

Literatur: Esser, Die Ausgabe von Aktien zu einem höheren als ihrem Nennbetrage bei Erhöhung des Grundkapitals, Holdheims MSchr. **9** 34.

**§ 278.** 1. Vgl. zu § 211.

2. Agio.

a) Riesenfeld, Einfluß des neuen Aktienrechts: Auch im Falle der Kapitalserhöhung darf (§ 184 Abs. II HGB.) die Ausgabe der neuen Aktien für einen höheren als den Nennbetrag nur erfolgen, wenn sie im Gesellschaftsvertrage bereits zugelassen ist. Fehlt eine derartige Anordnung daselbst, so genügt es nicht, wenn der die Kapitalserhöhung festsetzende Generalversammlungsbeschluß gleichzeitig erst den Gesellschaftsvertrag dahin abändert, bzw.

ergänzt, daß die Ausgabe von Aktien über pari fortan zulässig sein soll, weil in diesem Falle die Voraussetzung des § 277 Abs. III nicht erfüllt ist.

b) A. A. Esser a. a. O.: Aus der Vorgeschichte und dem Wortlaute der Bestimmung folgt, daß erst der Beschluß über die Kapitalserhöhung festzusetzen hat, ob die neuen Aktien über pari und zu welchem Mindestsatze sie ausgegeben werden sollen.

3. Holdheims MSchr. **9** 210 (KG.): Die Einzelheiten der Kapitalserhöhung können nicht dem Belieben des Vorstandes und des Aufsichtsrats anheimgegeben, sondern ihnen nur derart übertragen werden, daß sie lediglich als mit fester Anweisung versehene Ausführungsorgane in Betracht kommen.

Literatur: Wehrs, Eine Lücke in den Bestimmungen des BGB., wenn Sacheinlagen bei der Kapitalserhöhung der AG. gemacht werden. Holdheims MSchr. **10** 166.

**§ 279.** Wehrs a. a. O.: Werden bei der Erhöhung des Grundkapitals Sacheinlagen gemacht, so bedarf es nicht der nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 für die Einbringung von Sacheinlagen bei der Gründung vorgeschriebenen Veröffentlichung dieser Tatsache und ihrer Begleitumstände. Diese Lücke wird auch nicht gegebenenfalls durch die Vorschriften der §§ 207 f. ausgefüllt.

**§ 280.** RJA. **3** 124, CBlFrG. **3** 344, KGJ. **24** A 198, OLG. **5** 278, Goldschmidts Z. **53** 226, BankA. **2** 61, R. **02** 531, Bauers Z. **10** 54 (KG.): Bei der Anmeldung des Beschlusses über Erhöhung des Grundkapitals einer Aktiengesellschaft zum Handelsregister müssen so viele Mitglieder des Aufsichtsrats mitwirken, als nach den für die Gesellschaft maßgebenden Bestimmungen zur ordnungsmäßigen Besetzung des Aufsichtsrats erforderlich ist. Verweigert ein Mitglied seine Mitwirkung, weil es die Wahl nicht annimmt, so ist vor der Anmeldung seine Stelle anderweit zu besetzen, oder statutenmäßig die Zahl der Mitglieder des Aufsichtsrats auf die tatsächlich vorhandene Zahl zu verringern.

Literatur: S. zu § 189.

**§ 281.** 1. Vgl. die Noten zu § 189.

2. RG. **55** 65, JW. **03** 294, Holdheims MSchr. **12** 212, BankA. **3** 319, Bauers Z. **10** 272, R. **03** 486: Zeichnet jemand auf Grund eines Beschlusses der Generalversammlung, das Grundkapital um eine bestimmte Summe zu erhöhen, Aktien, so wird er seiner Verpflichtungen aus der Zeichnung ledig, wenn die geplante Erhöhung nicht durchgeführt, sondern statt dessen auf Grund eines neuen Beschlusses das Grundkapital nur um einen kleineren Betrag erhöht wird. Dies folgt aus § 281 Abs. 1 Ziff. 4, wonach die Zeichnung hinfällig wird, wenn die „erfolgte Erhöhung", d. h. die Durchführung der beschlossenen Erhöhung, nicht innerhalb bestimmter Frist ins Handelsregister eingetragen ist, und aus §§ 285, 278, nach denen „die erfolgte Erhöhung" nur auf Grund eines Beschlusses eingetragen werden darf, der diese Erhöhung zum Gegenstand und dem der Zeichner durch die Zeichnung zugestimmt hat; durch die Zeichnung erklärt er, daß er auf Grund des dem Beschlusse gemäß abgeänderten Statuts Aktionär werden will.

**§ 282.** 1. Bauers Z. **9** 160, **10** 150 (in Anlehnung an Bachmann, Sonderrecht des Aktionärs): Das Bezugsrecht ist nach der Gestaltung, die es nunmehr gefunden, nicht mehr ein Sonderrecht eines Aktionärs, sondern ein Mitgliedschaftsrecht.

2. Meili, Holdheims MSchr. **9** 4: Besteht ein Nießbrauch an den Aktien, so steht das Bezugsrecht — als Frucht — dem Nießbraucher zu.

3. Biberfeld, ZAktWes. **10** 227 ff.: Das Bezugsrecht kann im Kapitalserhöhungsbeschluß eingeschränkt oder aufgehoben, es darf aber kein Zwang zu seiner Ausübung aufgewendet werden. Der Beschluß über die Aufhebung des

Bezugsrechts ist eins mit dem über die Kapitalserhöhung, muß also den für diesen statuierten Voraussetzungen genügen.

4. Bauers Z. **9** 31: Da es nur darauf ankommt, daß der Aktionär im Sinne des § 282 von der Direktion verständigt wird, genügt statt der im § 282 Abs. 2 vorgesehenen öffentlichen Bekanntmachung eine briefliche Aufforderung an die Aktionäre, ihr Bezugsrecht auszuüben.

5. Rießer, Neuerungen 13: § 282 gilt auch für alte Gesellschaften.

Literatur: Fuld, Gründervorrechte bei neuen Aktien. ZAktWes. **9** 112.

**§ 283.** 1. **RG.** **47** 24, JW. **01** 484, R. **01** 472, 496, SächsA. **12** 198, DJZ. **00** 529: Das in dem Gesellschaftsvertrag einer AG. den Gründern vor dem Inkrafttreten des Reichsgesetzes vom 18. Juli 1884 zugesicherte Bezugsrecht auf neue Aktien ist auch unter der neuesten Aktiengesetzgebung in Geltung geblieben.

2. **RG.** a. a. O.: Sind dem Gründer Bezugsrechte für den Fall einer Kapitalserhöhung zugesichert, so kommen sie, wenn nicht ausdrücklich das Gegenteil vereinbart ist, nicht zur Ausübung in Ansehung solcher Aktien, welche ausgegeben werden, um nach einer früheren Herabsetzung des Grundkapitals dasselbe wieder auf seine ursprüngliche Höhe zu bringen.

**§ 284.** DJZ. **03** 33, R. **03** 84, Bauers Z. **10** 58, 85, BankA. **2** 91, RJA. **3** 126, Goldschmidts Z. **53** 223 (KG.):

1. Der Registerrichter hat in der Regel nicht die erfolgten Einzahlungen zu prüfen, sondern nur, daß die betreffende Versicherung gemäß §§ 284 Abs. 3, 195 Abs. 3 HGB. in gehöriger Weise erfolgt ist. Mag auch der Registerrichter in solchem Falle, wenn Verdachtsgründe vorliegen, berechtigt sein, seine Prüfung auf die Wahrheit der abgegebenen Versicherungen auszudehnen, so liegt doch eine Prüfungspflicht nicht vor, und jedenfalls kann der erfolgten Eintragung gegenüber nicht mehr geltend gemacht werden, daß die Versicherung unwahr sei.

2. Eine Löschung der eingetragenen Kapitalserhöhung kann auch nicht deshalb verlangt werden, weil die Zeichnungsscheine ungültig sind. Die Aktionäre müssen die Richtigkeit derselben eventuell im Prozeßwege geltend machen.

**§ 286.** LG. I Berlin, Holdheims MSchr. **9** 45, Bauers Z. **8** 152: Bei der Anmeldung eines Kapitalserhöhungsbeschlusses bei einer Zweigniederlassung kann der Registerrichter nicht die Angaben verlangen, die für die Anmeldung bei der Hauptniederlassung vorgeschrieben sind. Das Gesetz stellt hier im § 286 geringere Anforderungen, insbesondere ist die Forderung, den Gegenstand der Einlage, die Person des Inserenten und den Betrag der für die Einlage gewährten Aktien anzugeben, ungerechtfertigt.

**§ 287.** **RG.** JW. **01** 540, ZAktWes. **11** 172: Sind Aktien der Ordnungsvorschrift des Art. 215c des alten HGB. zuwider ausgegeben worden, bevor die stattgefundene Erhöhung des Grundkapitals eingetragen worden ist, so sind sie der Gesellschaft gegenüber gültig, auch dann, wenn nichts auf die Aktien gezeichnet war. Dagegen enthält § 287 eine Mußvorschrift. Unter der Herrschaft des neuen HGB. ist eine solche Aktienausgabe daher nichtig.

Literatur: S. zu § 211.

**§ 288.** 1. Darüber, ob Zuzahlungen von den Aktionären eingefordert werden können unter der Androhung, daß die Aktien, auf welche nicht zugezahlt wird, zusammengelegt werden, und die sich hieran anschließenden Fragen vgl. Nr. 2 zu § 211.

2. Die Einzelheiten der Kapitalsherabsetzung.

LG. Dresden, SächsA. **10** 327, ZAktWes. **10** 175, R. **00** 420, 441: Sind in dem Beschlusse, durch welchen die Herabsetzung des Aktienkapitals ausgesprochen

wird, unwirksame Vorschriften darüber, in welcher Weise die Maßregel auszuführen ist, enthalten, so ist der ganze Beschluß unwirksam.

Die Vorschriften über die Durchführung der Herabsetzung und Kraftloserklärung sind zwingendes Recht; das was, das HGB. hier hinsichtlich der in Rede stehenden Transaktion vorschreibt, ist das Mindeste dessen, was zum Schutze der Aktionäre gefordert werden muß.

3. Durchführung der Herabsetzung.

**RG.** ZAktWes. **13** 14, Bauers Z. **10** 110, R. **03** 161: Besteht die Herabsetzung des Aktienkapitals lediglich darin, daß der Nennwert der sämtlichen Aktien vermindert wird, so ist sie mit der Eintragung des Herabsetzungsbeschlusses schon in Wirksamkeit getreten, nicht erst mit derjenigen der erfolgten Herabsetzung.

4. Prospekt.

Dove, Holdheims MSchr. **9** 217: Bei Kapitalsherabsetzungen von Aktiengesellschaften, deren Aktien zum Börsenhandel zugelassen sind, bedarf es keines neuen Prospekts nach § 38 Abs. 2 des Börsengesetzes, weil unter „Konvertierungen" im Gegensatze zu dem bei Redaktion der Kurszettel vielfach beobachteten Sprachgebrauche lediglich Zins-, nicht Kapitalsherabsetzungen von Anleihen, nicht Aktien, zu verstehen sind.

Literatur: Geißmar: Wie sind bei einer Zusammenlegung von Aktien die gültig bleibenden Aktien während des Sperrjahrs zu behandeln? Holdheims MSchr. **10** 59.

**§ 289.** 1. Abs. 1.

LG. Hamburg, Holdheims MSchr. **12** 230, Bauers Z. **10** 254, CBlFrG. **4** 33: Aus § 285 darf nicht mittelst eines argumentum e contrario gefolgert werden, daß der Beschluß über die Herabsetzung des Grundkapitals und seine Durchführung nicht gleichzeitig zur Anmeldung und Eintragung gelangen könnten.

Die Arten der Herabsetzung sind verschieden. Ist die Herabsetzung bei Anmeldung des Herabsetzungsbeschlusses tatsächlich schon durchgeführt, so steht der gleichzeitigen Anmeldung nichts entgegen.

2. Abs. 4.

a) Behandlung der herabgesetzten usw. Aktien.

Geißmar a. a. O.: α. Wird die Herabsetzung des Aktienkapitals zur Beseitigung einer Unterbilanz beschlossen, so können die zur Abstempelung oder Entwertung eingereichten Aktien, soweit sie gültig geblieben sind, trotz der Schutzvorschriften nach erfolgter Eintragung des Kapitalsherabsetzungsbeschlusses zurückgegeben werden.

β. Dividenden können erst nach Ablauf des Sperrjahrs gezahlt werden.

b) Fälligkeit etwaiger Rückzahlungsansprüche von Aktionären.

Werden anläßlich der Herabsetzung des Grundkapitals Rückzahlungen beschlossen, so werden die Aktionäre hierdurch Gläubiger der AG.

α. Staub Anm. 7 zu § 291: Ihr Anspruch ist betagt bis zum Ablaufe des Sperrjahrs und bedingt durch die Befriedigung und Sicherstellung derjenigen Gesellschaftsgläubiger, deren Forderungen vor der letzten öffentlichen Aufforderung begründet und angemeldet sind. Ähnlich Lehmann-Ring Anm. 5 zu § 291.

β. Pinner Anm. VI 1: Die Forderung entsteht erst mit dem Beschlusse des Vorstandes, die Auszahlung vorzunehmen.

γ. Goldstein, Hirths Ann. **34** 737: Sie ist bedingt durch Beobachtung der Vorschriften zum Schutze der Gläubiger.

c) Die Rückzahlungsansprüche im Konkurse.

Sievers, DJZ. **03** 85 ff.: Im Konkursverfahren über das Vermögen der AG. kann der Aktionär den Anspruch auf die Rückzahlungsquote bei Herabsetzung des Grundkapitals nicht geltend machen.

Literatur: Bauers Z. 9 220: Wie ist zu verfahren, wenn bei Aktienzusammenlegung die Ersatzaktien unverkäuflich sind, oder wenn die restlichen Aktien die Erschaffung einer Ersatzaktie nicht zulassen?

**§ 290.** Bauers Z. a. a. O.: Im ersten Falle sind die Aktien zu hinterlegen, im zweiten muß den Aktionären der Wert, den ihre Aktien im Zeitpunkte der Kraftloserklärung hatten, ersetzt werden.

## Fünfter Titel.

## Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

Literatur: Simonis, Die Nichtigkeitserklärung einer AG. nach dem neuen HGB. 1903. Kohler, Sanierung notleidender AG.en, Hirths Ann. **35** 633 ff.

Kohler a. a. O. bekämpft den Konkurs notleidender AG.en als eine die Allgemeinheit schädigende Maßnahme, schildert das englische winding-up-Verfahren, und empfiehlt gesetzliche Vorschriften, die auf eine Einschränkung der Konkurse abzielen.

**§ 292.** Zu Ziff. 3 vgl. die Literaturangaben vor § 210 u. Nr. 1 zu § 298.

**§ 294.** Vgl. Nr. 1 zu § 298.

Literatur: Flater, Können auch Behörden zu Liquidatoren bestellt werden? DJZ. **03** 318.

**§ 295.** Flater: Zu Liquidatoren können nur physische Personen, aber nicht Behörden bestellt werden. Die in den §§ 295, 296, 298, 299, 352 enthaltenen Vorschriften deuten darauf hin. Auch wäre einer Behörde gegenüber der Zwang durch Ordnungsstrafen nicht durchführbar.

**§ 298.** 1. Fortbestehen der Gesellschaftsorgane neben dem Konkursverwalter und den Liquidatoren.

a) Sievers, DJZ. **03** 85: Die Rechtspersönlichkeit der AG. dauert für die Zwecke des Konkursverfahrens trotz der Auflösung fort: Die verfassungsmäßigen Organe der Gesellschaft können daher fortfahren, die Gesellschaft zu vertreten, soweit nicht das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Konkursverwalters, welches das gesamte Vermögen der Gesellschaft umfaßt (KO. §§ 6, 117), Platz greift.

b) Goldstein, Hirths Ann. **34** 723: Die Vertretung der AG., soweit sie als Gemeinschuldnerin Rechte und Pflichten hat, steht nach wie vor ihren Organen, nicht der „Gesamtheit der Aktionäre" zu.

2. Über die Frage, ob der Liquidator einer neuen Gesellschaft als Gesellschafter beitreten darf, vgl. KG. v. 4. 11. 01 und Pinner, Holdheims MSchr. **0** 1 363.

3. **RG.** JW. **00** 133, ZAktWes. **10** 42, Holdheims MSchr. **9** 61: Fordert der Liquidator einer AG. von den Aktienzeichnern ausstehende Beiträge ein, so kann der Klage nicht entgegengesetzt werden, daß nach dem Statute die Einzahlungen durch den Aufsichtsrat eingefordert werden sollen. Die für den Aufsichtsrat während des Bestehens der AG. geltenden Bestimmungen können im Liquidationszustande nur entsprechende Anwendung finden, nur insoweit gelten, als sie mit dem Zwecke der Liquidation und den diesem Zwecke dienenden zwingenden gesetzlichen Vorschriften nicht in Widerspruch treten. Eine unzulässige Einschränkung ist in der Statutenbestimmung zu erblicken, welche die Liquidatoren hindert, die Gesellschaftsaktiva flüssig zu machen.

Literatur: Bauers Z. **10** 32: Die erste Liquidationsbilanz bedarf nicht der Genehmigung der Generalversammlung, auch besteht für dieselbe kein Veröffentlichungszwang.

**§ 299.** a) Staub Anm. 3: Die erste Liquidationsbilanz ist dem Aufsichtsrat und einer zu berufenden Generalversammlung vorzulegen, und nach Genehmigung zu veröffentlichen und zum Handelsregister einzureichen. Die im

§ 199 Abs. 2 zitierten §§ 263 f. beziehen sich auf die Anfangsbilanz. Wollte man das nicht annehmen, so würde die Anfangsbilanz Internum der Liquidatoren bleiben und damit die Vorschrift des Art 244 Abs. 3 a. HGB. aufgehoben sein, was alles nicht beabsichtigt war; ähnlich Esser Anm. 4.

b) Bauer a. a. O. vertritt unter Berufung auf sein „Aktiengesetz" 261 die Ansicht, daß die erste Liquidationsbilanz nicht der Genehmigung der Generalversammlung bedarf, für sie auch kein Veröffentlichungszwang besteht. Gegen Staub und Esser bemerkt er, daß die §§ 260, 263, 264, 265 von der Jahresbilanz handeln, die erste Liquidationsbilanz aber keine Jahresbilanz ist.

Literatur: Biberfeld, Individual- und Sonderrechte der Aktionäre (das Recht an dem Liquidationserlöse), ZAktWes. **10** 251.

**§ 300.** Biberfeld a. a. O.: Das Recht auf den Liquidationsanteil ist unentziehbar (s. jedoch die §§ 303 ff.). Doch kann der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag Anordnungen treffen, vermöge deren es zum Teil oder ganz aufgehoben werden kann (252).

Zu Abs. 2. Maßgebend ist der Nennwert, nicht der Ausgabepreis (252).

Zu Abs. 3. Maßgebend sind die Beträge, die eingefordert sind, ohne Rücksicht darauf, ob sie von dem einzelnen Aktionär bereits gezahlt sind (254).

Literatur: Marcus, Kann der Registerrichter die von den Liquidatoren der AG. beantragte Eintragung des Erlöschens ablehnen, weil die Schlußrechnung nicht der Generalversammlung vorgelegt ist? Holdheims MSchr. **11** 124.

Marcus a. a. O.: Da § 302 kein zwingendes Recht enthält, kann im Gesellschaftsvertrage bestimmt werden, daß die Schlußrechnung dem Aufsichtsrat und nicht der Generalversammlung zu legen ist.

**§§ 303 ff.** Über Wechsel in der Unternehmungsform vgl. Lehmann Nr. 4 zum 2. Buche.

**§ 304.** Hellwig, Grenzen der subjektiven Rechtskraft 204: In den Fällen der §§ 304, 306 liegt Gesamtnachfolge vor. S. auch Nr. 3 zu § 306.

Literatur: Plotke, Form des Fusionsvertrags, Holdheims MSchr. **10** 248.

**§ 305.** Plotke a. a. O.: Zur Fusion ist notwendig ein beurkundeter Beschluß der übertragenden, wie der übernehmenden Gesellschaft, sowie ein evtl. gemäß § 311 BGB. abzuschließender Vertrag auf Grund dieser Beschlüsse durch die beiden Gesellschaften. Es empfiehlt sich, wegen § 303 Abs. 2 zunächst den Beschluß der übernehmenden Gesellschaft herbeizuführen. § 305 Abs. 2 wird genügt durch Vorlage der über das Angebot und die Annahme der Fusion durch den Vorstand und die Generalversammlung aufgenommenen Urkunden; der Fusionsvertrag braucht nicht uno actu beurkundet zu sein. §§ 182 ff. BGB. sind unanwendbar, da die Generalversammlung der durch den Vorstand vertretenen AG. gegenüber nicht „Dritter" ist.

**§ 306.** 1. Konkurs über die übernommene und die übernehmende AG.

a) Goldstein, Hirths Ann. **34** 723, 742: Nach der Fusion ist bis zur Vereinigung der Vermögensmassen ein Sonderkonkurs über jede von ihnen zulässig, da sie nach den Vorschriften des § 336 Abs. 2 ff. bis zu dem genannten Zeitpunkt als Sondervermögen erscheinen. An dem Konkurs über eines dieser Vermögen nehmen immer nur die Gläubiger der beteiligten Gesellschaft teil.

b) Staub Anm. 16 hält gleichfalls einen Konkurs über das getrennt verwaltete Vermögen der übernommenen Gesellschaft für zulässig. In Konkurs kommt die übernehmende AG. aber nur mit dem Vermögen der übernommenen. Kommt die übernehmende AG. überhaupt in Konkurs, so haben die Gläubiger

der übernehmenden, wie die der übernommenen ein Absonderungsrecht an dem Vermögen der AG., soweit es der ihnen ursprünglich verhafteten AG. entstammt.

c) Gegen diese Auffassung Goldstein a. a. O., weil die Absonderungsrechte voraussetzen, daß schon vor der Konkurseröffnung ein dingliches Recht am Gegenstande der Absonderung besteht.

2. Zu Abs. 5. Küntzel, Aufsichtsrat 70: Die Verjährungsfrist ist nach Analogie der §§ 206, 241 5, 249 4 auf 5 Jahre zu bemessen.

3. Rechtsprechung:

a) OLG. Cöln, Holdheims MSchr. **9** 227, R. **01** 496: Da die Fusion zweier AG.en Universalsukzession begründet, ist eine Auflassung der Grundstücke der untergegangenen Gesellschaft an die bestehen bleibende Gesellschaft nicht erforderlich. Vgl. auch zu § 304.

b) KGJ. **21** A 294 (KG.), Bauers Z. **8** 260, **9** 69, CBlFrG. **2** 296: Die Fusion zweier AG.en mit den Wirkungen einer Gesamtrechtsnachfolge der aufnehmenden Gesellschaft in das Vermögen der aufgelösten setzt voraus, daß die aufzunehmende Gesellschaft ihren Sitz im Inlande hat. Ist dies nicht der Fall, so kann die Übertragung des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft auf die andere nur im Wege der Liquidation erfolgen; es bedarf also dann bei Grundstücken der Auflassung.

**§ 307.** Abs. 2. Goldstein, Hirths Ann. **34** 748: Findet der Konkurs auf andere Weise sein Ende, so schließt sich ihm die Liquidation an.

Literatur: Fuld, Zwangsauflösung von AG.en, ZAktWes. **9** 75 (gegen Art. 4 PrAG. z. HGB.). — Goldschmit, Die Nichtigkeit einer AG., Holdheims MSchr. **9** 178. — Simonis, Die Nichtigkeitserklärung der AG. nach neuem HGB. Diss. 1901. — Eingabe der Ältesten der Berliner Kaufmannschaft um Aufhebung des Art. 4 PrAG.z.HGB., ZAkt.Wes. **9** 104. — Gutachten der Handelskammer Leipzig bezüglich einer staatlichen Auflösung einer AG. ZAktWes. **9** 144.

**§§ 309 ff.** 1. Allgemeines.

Simonis a. a. O.: Die Klage auf Nichtigkeitserklärung setzt voraus das Fehlen oder die Nichtigkeit einer nach § 182 Abs. 2 wesentlichen Bestimmung im Statute. Die Nichtigkeit kann entweder alle wesentlichen Bestimmungen oder nur eine einzelne von ihnen betreffen; ersteres ist stets dann der Fall, wenn unter einem wesentlichen Punkte keine Bestimmung getroffen ist (11). Die Nichtigkeit kann im Inhalte des Geschäfts (insbes. §§ 138, 134, 139 BGB.) ihren Grund haben, oder in der Form. Auch Mängel im Willen können in Betracht kommen (11 ff.).

Für die Nichtigkeitsklage gilt die Fristbestimmung des § 271 Abs. 2 nicht (19). Die im § 272 Abs. 3 vorgesehene Sicherheit ist nicht für die aus etwaigem Kurssturz drohenden Nachteile zu leisten. Diese treffen die Aktionäre, nicht die AG. (20). Das Nichtigkeitsurteil wirkt konstitutiv (nicht nur deklaratorisch) oder so, daß es eine potentielle Nichtigkeit zur Wirkung bringt (25 ff.). Zwischen § 309 i. V. mit § 273 und § 311 besteht ein Widerspruch insofern, als nach ersterem das Urteil, nach letzterem die Nichtigkeit ins Handelsregister eingetragen ist. Da der Registerrichter dem Urteile gegenüber keine Befugnis zur Nachprüfung hat, ist der erstere Weg vorzuziehen (36).

Die Wirkung der Heilung nach § 310 besteht darin, daß das Klagerecht auf Nichtigkeitserklärung wegfällt (42).

2. Gibt es andere Nichtigkeitsfälle als die im § 309 aufgeführten?

a) Goldschmit a. a. O. unter Anführung der Stellung der Kommentatoren: Auch abgesehen von den Fällen, wo die Nichtigkeit der AG. durch Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden kann, sind Nichtigkeitsfälle denkbar. Nach

§ 120 BGB. (Art. 2 EG.z.HGB.) ist die AG. nichtig, wenn den Erfordernissen des § 182 Abs. 1 nicht genügt ist.

b) α. **RG.** Goldschmidts Z. **54** 280, DJZ. **03** 321: Eine AG. ist trotz erfolgter Eintragung in das Handelsregister nichtig, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht in der vorgeschriebenen gerichtlichen oder notariellen Form errichtet ist. Die Nichtigkeit kann von jedem Gesellschafter mittelst Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden, auch steht dem Registerrichter ein amtliches Einschreiten zu. Die angeführte Formvorschrift ist zwingenden Rechtes. In den §§ 309 ff. HGB. ist nur die, nach dem alten HGB. nicht vorhandene, Möglichkeit gegeben, die durch Verletzung der Formvorschriften bewirkte Nichtigkeit zur Geltung zu bringen (Denksch. 170); es ist deshalb unzulässig, aus ihrer Fassung ein arg. e contr. entnehmen zu wollen (wie Staub).

β. Staub Anm. 2: Der Kern und der Fortschritt der Neuregelung der Nichtigkeitsfrage liegt darin, daß die frühere Unsicherheit in betreff der Voraussetzungen der Nichtigkeit abgeschafft werden sollte. Diese Absicht hat im Gesetze genügenden Ausdruck gefunden. Dennoch bewirkt nur das Fehlen oder die Nichtigkeit einer nach § 182 Abs. 2 wesentlichen Bestimmung Nichtigkeit der AG. Dieser Ansicht waren, mit der Denkschrift, die Reichstagskommission und die verbündeten Regierungen.

γ. Keyßner schließt sich in einer Anm. in Goldschmidts Z. **54** 280 Staub an. §§ 309 ff. geben die Nichtigkeitsklage nur wegen Mängel des Inhalts, nicht wegen bloßer Formmängel. Mit der Eintragung sind etwaige Mängel der Form des Rechtsgeschäfts geheilt, wie auch sonst nicht unerhört (§ 313 Abs. 2 BGB.) ist.

δ. OLG. **4** 254 (KG.): Aus der Entstehungsgeschichte folgt, daß andere Verstöße bei der Errichtung der AG., als die in §§ 309 f. aufgeführten, nicht genügen, um die Gültigkeit der eingetragenen Gesellschaft nachträglich in Frage zu stellen.

3. Konkurs über eine nichtige AG.

Goldstein, Hirths Ann. **34** 724: Über eine nichtige AG. kann Konkurs eröffnet werden, da sie nach der Nichtigkeitserklärung gemäß § 311 wie eine in Liquidation befindliche zu behandeln ist, also partei- und rechtsfähig ist, soweit der Liquidationszweck geht.

4. Vgl. die Bemerkungen zu § 272.

5. ig, Anspruch 426 zu Note 15: Das Urteil ist konstitutiv. Vgl. JDR. **1** vor § 253 ZPO.

## Sechster Titel.

## Strafvorschriften.

Literatur: Katz, Die strafrechtlichen Bestimmungen des HGB. (2), Kommentar. — von Gordon, Juristische Glossen zum Kasseler Treber- und zum Leipziger Bankprozesse, DJZ. **02** 379. — Mittelstädt, Kollision zwischen Untreue und Unterschlagung, DJZ. **02** 520. — Das Giro-Obligo in den Bilanzen der AG.en, ZAktWes. **13** 34. — Falsche Buchungen des Vorstandes in strafrechtlicher Hinsicht, Bauers Z. **9** 242. — Ein angeblicher Widerspruch zwischen §§ 312 und 314 HGB. Unterlassene Abschreibungen auf zweifelhafte Wertpapiere als strafbare Erschwerung der Vermögensübersicht im Konkurse der AG. Von der Buchung derjenigen Rechtsgeschäfte, wie Bürgschaften und Regreßverbindlichkeiten, die eine Vermögensverschiebung nicht im Gefolge haben, Bauers Z. **9** 27.

**§ 312.** 1. Sind die Mitglieder der Gesellschaftsorgane auch vor Eintragung der AG. nach § 312 strafbar?

**RG.** Straff. **34** 412, ZAktWes. **12** 42, Bauers Z. **9** 102: Der zum Vorstandsmitglied Berufene haftet für seine Handlungsweise nach § 312 auch dann, wenn die Gesellschaft noch nicht eingetragen ist. Dafür spricht die ratio legis

und der Umstand, daß die §§ 313 f. von Handlungen sprechen, die von „Mitgliedern des Vorstandes“ begangen werden oder doch begangen werden können, bevor die Gesellschaft ins Handelsregister eingetragen ist.

2. Absichtliches Handeln.

Bauers Z. **10** 221: Ein absichtliches Handeln zu ungunsten der AG. kann u. U. darin gefunden werden, daß der Aufsichtsrat Generalversammlungs- und Aufsichtsratsdiners, sowie ähnliche Veranstaltungen zu Lasten der AG. vornimmt. S. auch Bauer, Aufsichtsrat (2) 49 f.

3. Verhältnis zwischen §§ 312 und 314.

a) von Gordon a. a. O.: Die dem Aufsichtsrate nach §§ 312 und 314 erwachsenden Pflichten — einerseits, nicht zum Nachteile der AG. zu handeln, andererseits, in wahrer Weise über die Verhältnisse der Gesellschaft zu berichten — führen zu Kollisionen, wenn die Gesellschaft sich in Schwierigkeiten befindet und eine Besserung zu erhoffen ist, aber von dem Nichtbekanntwerden der Schwierigkeiten abhängt. In solchen Fällen darf aus § 312 derjenige nicht gestraft werden, der in Erfüllung einer positiven Rechtspflicht (§ 260) zur Offenlegung handelt, zumal diese letztere Rechtspflicht nicht nur im Interesse der Gesellschafter, sondern auch der Gläubiger gegeben ist.

b) Bauers Z. **10** 27: § 314 geht in Kollisionsfällen vor, da er verhüten soll, daß die der Gesellschaft günstigen Tatumstände einseitig hervorgehoben und die nachteiligen Dinge verschwiegen werden.

c) Mittelstädt a. a. O.: Die §§ 314[1] und 312 kollidieren nicht, da § 314 nicht wie § 260[2] eine Pflicht zur Offenlegung enthält, sondern nur verlangt, daß, wenn Mitteilungen gemacht werden, diese der Wahrheit entsprechen und nicht absichtlich ein falsches Bild geben.

Wäre, wie von Gordon behauptet, indem er § 314[1] in unrichtigen Zusammenhang mit § 260[2] bringt, richtiger beide verwechselt, eine Kollision möglich, so müßte § 314 dem § 312 vorgehen, da die in letzterem statuierte Pflicht naturgemäß ihre Schranke in den positiven Pflichten aus § 314 findet.

4. Untreue des Vorstandes.

**RG.** Straff. **36** 69, Bauers Z. **10** 217: Der Untreue schuldig macht sich ein Vorstandsmitglied, welches als Gründer ein Grundstück zu inferieren hat und vor der Auflassung dasselbe mit Hypotheken für persönliche Schulden belastet.

5. Simon, Vertretung eigener und fremder Aktien (s. zu §§ 252, 317, 318): Tritt ein nicht Berechtigter als Aktionär in der Generalversammlung auf, so kann darin u. U. selbst dann eine strafbare Handlung liegen, wenn der wirkliche Aktionär in sein Auftreten gewilligt hat; wenn jener z. B. die Aktien eines Vorstandsmitglieds vertritt und mit dessen Aktien für dessen Entlastung stimmt, obwohl der Vorstand der Gesellschaft für irgendwelchen Schaden verantwortlich ist, so kann darin eine Beihilfe zu dem im § 312 HGB. umschriebenen Vergehen der aktienrechtlichen Untreue liegen (293).

Literatur: Bauers Z. **10** 107: Strafrechtliche Verfolgung der Gründer wegen Überschätzung der gemachten Sacheinlagen.

**§ 313.** 1. Bauers Z. a. a. O.: Die Gründer sind nach Ziff. 1 strafbar, wenn das nach ihren Angaben Eingebrachte in Wahrheit mit ihrem Wissen nicht eingebracht ist, z. B. wertlose Außenstände eingeschossen, oder Fabrikate in anderer als der angegebenen Art und Menge inferiert worden sind; dagegen nicht wegen einer unrichtigen Einschätzung der Sacheinlagen. Haben in letzterer Hinsicht die Gründer den Vorschriften des § 191 Abs. 1 und 2 genügt, so sind sie von strafrechtlicher Verantwortung frei.

2. Rehm, ABürgR. **22** 136: In Ziff. 1 und 3 ist unter „Zeichnung des Grundkapitals und Zeichnung von Bareinlagen“ und unter „Einzahlung des Grundkapitals“ außer in der Wendung „Einzahlung des bisherigen Grundkapitals“ nur „Erfüllung von Bareinlagen“ zu verstehen. Vgl. auch Nr. 1 zu § 186.

Literatur: Simon, Betrachtungen über Bilanzen, Festgabe der jur. Gesellschaft Berlin für Koch 1903. — Bernhard, ZAktWes. **9** 177. — Bauers Z. **9** 73: Bestrafung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern wegen Verschleierung, Pachtrestkonto und Ankaufskonto als Bilanzaktivum. Verheimlichung der Kreditoren durch Abzug von den Debitoren. Verschweigen der Eigendeckung im Geschäftsbericht. ➾ Im Anschluß an das Strafverfahren gegen die Verwaltungsorgane der Leipz. Wollkämmerei; ⇜ — vgl auch zu § 312.

**§ 314.** 1. Allgemeines. Simon a. a. O.: Strafbar ist nur die unrichtige Darstellung oder die Verschleierung solcher Tatsachen, welche für die kapitalistische Grundlage oder die Rentabilität der Gesellschaft von Belang sind, also z. B. nicht, wenn die Deckung einmaliger Verluste oder von Beamten begangener Unterschlagungen verschwiegen wird (411). Voraussetzung der Strafbarkeit ist ferner Täuschungsabsicht (412).

2. Unwahre Darstellung Bernhard a. a. O.: Unter „Darstellungen“ sind Mitteilungen zu verstehen, die vom Aufsichtsrat in amtlicher Eigenschaft gemacht werden. Dazu gehören auch anonyme Notizen in der Presse; a. A. Staub, Mankiewicz; gerade diese sind geeignet, die Aktionäre zu täuschen und die Kurse zu beeinflussen. Für die Ausdehnung spricht auch die Verwandtschaft der Vorschrift mit § 75[1] BörsG.

3. Verschleierung.

a) Neukamp, Goldschmidts Z. **48** 456: Ziff. 1 ist nach Tendenz des Gesetzes und Entstehungsgeschichte dahin auszulegen, daß nur eine zu hohe, nicht auch eine zu niedrige Bewertung der Aktiva als Verschleierung anzusehen ist.

b) Simon a. a. O. 388: Da das Obligo aus schwebenden Geschäften in den Büchern und der Bilanz nicht zum Ausdrucke kommt, muß ein dem voraussichtlichen Verlust entsprechender Passivposten in die Bilanz eingestellt werden. Die Unterlassung ist nach § 314 zu bestrafen.

Unrichtig ist die Ansicht von Katz, Strafrechtl. Bestimmungen des HGB. 30, daß die „stillen Reformen“ (Vornahme hoher Abschreibungen) als Verschleierung strafbar seien, es fehlt hier die Täuschungsabsicht; s. auch Staub Anm. 3 zu § 314 (412).

c) Bauers Z. **8** 223: Eine Verschleierung kann darin liegen, wenn Summen, über welche die AG. Wechsel oder Schecks in Händen hat, auf Kassakonto gebucht werden. Ähnlich sind die nicht seltenen Fälle zu beurteilen, wo die AG. sich für zweifelhafte Forderungen vor der Bilanzaufstellung Wechsel geben läßt, die nachher zurückzugewähren sind oder Zessionen vorbehaltlich Rückzession vornimmt.

**§ 315.** Fuld, ZAktWes. **10** 213 f.: Die Vorschrift ist auf die Vorstandsmitglieder solcher AG.en, die nach dem zur Zeit ihrer Entstehung geltenden Rechte einen Aufsichtsrat nicht nötig hatten, nicht anwendbar. (Vgl. Nr. 1 zu § 243.) Sie hat zur Voraussetzung, daß die Bestellung des Aufsichtsrats mit Verschulden des Vorstandes unterblieben ist. Der Vorstand kann sich aber exkulpieren.

**§ 317.** 1. Simon, Vertretung eigener und fremder Aktien (vgl. § 252): Nicht erforderlich ist für die Strafbarkeit nach § 317, daß ein Leihgeschäft i. S. des BGB. vorliegt, sondern es genügt die Überlassung von Aktien für die Generalversammlung zwecks Stimmabgabe, sofern nur derjenige, der die Stimmen ausübt, dem Eigentümer der Aktien gerade für diese Überlassung irgendwelche

Vermögensvorteile zuwendet. Daher ist auch derjenige strafbar, der zwar die Aktien für sich anmeldet, aber einem Dritten Vollmacht gibt und sich dafür bezahlen läßt (296). Verboten ist auch ein Scheinverkauf. Dagegen fallen reelle Kaufgeschäfte, z. B. Reportgeschäfte, die auch reell zur Ausführung gelangen, nicht etwa deshalb unter das Strafgesetz, weil die Zwecke des Gesetzes hierdurch teilweise umgangen werden können. Das beweist die Geschichte des Gesetzes (297).

2. Rießer, Neuerungen 81: Zu den „besonderen Vorteilen" gehören nicht die, welche erst durch die Abstimmung selbst, und zwar kraft Gesetzes, entstehen.

**§ 318.** 1. Simon, Vertretung eigener und fremder Aktien (s. zu § 252): Unerheblich ist, ob derjenige, welcher die Aktien widerrechtlich benutzt, die Aktien in eigenem Namen anmeldet oder ausdrücklich, aber widerrechtlich, z. B. auf Grund einer zurückgenommenen Vollmacht als Vertreter des wirklichen Aktionärs auftritt (294). — Die Einwilligung muß vor der Benutzung der Aktien gegeben werden (§ 183 BGB.). Die nachträgliche Genehmigung kann die zivilrechtlichen, nicht die strafrechtlichen Folgen der widerrechtlichen Benutzung beseitigen (295). — Die Anmeldung der Aktien zur Generalversammlung und das Auftreten für die Aktien daselbst ist noch nicht strafbar, vielmehr erst die Ausübung des Stimmrechts selbst (das.). — Wird bei dem Bankdepot dem Verwahrer das Recht eingeräumt, gleichartige Wertpapiere zurückzugeben (§ 2 des Bankdepotgesetzes), so ist der Bankier zur Ausübung des Stimmrechts befugt (296).

2. Hachenburg, BankA. 2 152: Der Pfandgläubiger macht sich strafbar, wenn er, ohne durch besondere Vereinbarung dazu befugt zu sein, das mit einer ihm verpfändeten Aktie verbundene Stimmrecht ausübt. Wird ihm im Verpfändungsvertrage die Ausübung zugestanden, so liegt kein Verstoß gegen Satz 2 vor, da es sich nicht um eine Verleihung gegen Entgelt, sondern um eine Erweiterung der aus dem Pfandrechte fließenden Befugnisse handelt.

3. Vgl. Nr. 1, 2, 3, 4 zu § 252.

Literatur: Biberfeld, Die richterlichen Ordnungsstrafen gegen den Gesellschaftsvorstand, ZAkWes. **12** 142.

**§ 319.** Biberfeld a. a. O.: Außerhalb des in Abs. 1 gezogenen Rahmens und der Vorschriften zur Durchführung des Firmenrechts ist kein Raum für das Eingreifen des Registerrichters. Der Registerrichter ist nicht befugt, von Amts wegen Ermittelungen anzustellen, ob ein Anlaß zum Einschreiten gegeben ist, muß aber eingreifen, wenn er Kenntnis davon erhält, und darf Untersuchungen vornehmen, um zu prüfen, inwieweit die ihm gewordenen Mitteilungen Glauben verdienen.

## Vierter Abschnitt.

## Kommanditgesellschaft auf Aktien.

Vorbemerkung: Die Gründe, welche den Gesetzgeber veranlaßt haben, abweichend von dem alten HGB. das Recht der AG.en an erster Stelle zu regeln und die Verhältnisse der AKG. im Anschluß an jenes und durch Verweisung darauf zu ordnen, erklären es, daß auch die Literatur und Rechtsprechung sich nur in geringem Maße mit der AKG. beschäftigt haben.

Die Monographie von Reichau behandelt eingehend die rechtliche Natur der AKG. und die Anwendung der Vorschriften des BGB. auf die AKG. Im übrigen wird vielfach auf die Noten zur o. HG. und zur AG. zurückzugehen sein.

Literatur: Vergleiche die Literaturangaben zum dritten Abschnitt; ferner Reichau, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien[1]) und der rechtsfähige Verein. 1903. — Dähnhardt, Die rechtliche Natur der AKG. Diss. Rostock 02. — Die wesentlichen Unterschiede des alten und neuen HGB. hinsichtlich der Kommanditgesellschaft auf Aktien. ZAktWes. **10** 18 ff.

[1]) Kommanditgesellschaft auf Aktien = AKG.

**§ 324.** 1. Die rechtliche Natur der AKG.

a) Reichau a. a. O.: Die AKG. ist keine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Gegen diese Rechtsform spricht in personenrechtlicher Beziehung die ungleiche Stellung der Gesellschafter, in vermögensrechtlicher Hinsicht die Selbständigkeit des Gesellschaftskapitals (13 ff.). Sie ist auch nicht Gemeinschaft zur gesamten Hand zwischen den persönlich haftenden Gesellschaftern und der als AG. und juristische Person aufzufassenden Kommanditistenvereinigung. Der Kommanditistenvereinigung fehlt die eigene Rechtspersönlichkeit; sie geht völlig in der AKG. auf und hat keinen selbständigen Zweck, was mit dem Wesen der juristischen Person unvereinbar ist (17 ff.). Die AKG. ist vielmehr juristische Person, dafür sprechen ihre Konstituierung (21) und ihre Organisation (die Komplementare: der geborene Vorstand), sowie die staatliche Anerkennung (21 f.). Sie erfüllt die Voraussetzungen für das Vorhandensein einer juristischen Person, ist selbständig vermögensfähig (27 f.), verpflichtungsfähig (32 f.), ist unabhängig von einem Mitgliederwechsel, 35 f. (da sich die AKG. eigentlich auf das Kapital der Kommanditisten gründet, geben diese ihr das Gepräge einer Kapitalassoziation, deren Wesen Unabhängigkeit von der Person der Beteiligten ist. Das Normale ist, daß in den Statuten gesagt wird, daß die Gesellschaft durch das Ausscheiden eines Komplementars nicht aufgelöst wird, wenn mindestens noch ein persönlich haftender Gesellschafter bleibt). Sie ist parteifähig (ihrer Pflicht zur Leistung von Parteieiden genügt die Gesellschaft durch ihre gesetzlichen Organe, während der einzelne Kommanditist hierfür gar nicht in Betracht kommt; die Kommanditisten können als Zeugen im Gesellschaftsprozesse vernommen werden, nicht dagegen die Komplementare, wie der Vorstand der AG.), 37 ff. Sie hat einen eigenen Namen (43 ff.) und einen selbständigen Zweck (47 ff.). Auch die Rechtsentwickelung spricht für die Annahme einer juristischen Persönlichkeit (50 ff.).

b) Gierke, AbürgR. **19** 131: Die AKG. ist nach dem neuen HGB. eine Abart der AG. und deshalb eine juristische Person. Sie ist als Ganzes ein rechtsfähiger Verein.

c) Joerges, Goldschmidts Z. **49** 169: Die AKG. ist juristische Person. Sie ist im Anschluß an die AG., die juristische Persönlichkeit hat, geregelt und unterscheidet sich von ihr nur dadurch, daß eins oder einzelne der an ihr Beteiligten primär und persönlich haften. Eine solche Haftung ist aber mit dem Begriffe der juristischen Person wohl vereinbar.

2. Über die Frage, inwieweit die Vorschriften des BGB. Anwendung auf die AKG. finden.

a) Simon, Goldschmidts Z. **49** 24: Auf die AKG. finden die in der Vorbemerkung vor § 178 aufgeführten Bestimmungen des BGB. Anwendung, da die Gesellschaft als juristische Person, insbesondere als Verein anzusehen ist. Letzteres folgt daraus, daß das neue HGB. die Gesellschaft der AG. angliedert, also auch § 210 Abs. 2, aus dem stets die Rechtspersönlichkeit der AG. gefolgert würde, auf sie anwenden will, und daraus, daß sie unter die im § 6 Abs. 2 genannten Vereine zu rechnen ist.

b) Gierke a. a. O.: Die Vorschriften des BGB. finden subsidiär auf die AKG. Anwendung.

c) Vgl. Nr. 1 vor § 178.

**§ 325.** 1. Bauers Z. **8** 83: Sind die Komplementare durch den Gesellschaftsvertrag verpflichtet, sich danach zu richten, was der Aufsichtsrat mit Bezug auf die Gesellschaftsleitung und den Geschäftsbetrieb zu bestimmen für gut fand, und hält einer von ihnen diese Schranken nicht ein, so können die Kommanditisten die Gesellschaft kündigen, auch kann § 127 HGB. zur Anwendung gebracht oder auf Feststellung geklagt werden, daß der Zuwiderhandelnde an die

Schranken gebunden sei. Im letzten Falle könnte gemäß § 890 ZPO. gegen ihn vorgegangen werden.

2. Bauers Z. 8 179: § 237 findet auf die Komplementare keine Anwendung; denn die Ziff. 3 des § 325, der im übrigen die entsprechende Anwendung der Gewinnberechnungsvorschriften bei der AG. anordnet, enthält sich einer Bezugnahme auf § 237.

Dagegen gilt § 245 nach § 320 Abs. 3 für den Aufsichtsrat der AKG., da bezüglich seiner ein Anhalt zu anderer Annahme fehlt.

**§ 327.** 1. Zustimmung der Komplementare.

Bauers Z. 8 58: Nach § 327 Abs. 2, 4 bedarf es zu Statutenänderungen stets der Zustimmung der Komplementare. Diese kann nicht generell im Gesellschaftsvertrag im voraus gegeben werden, da Abs. 4 die Absicht erkennen läßt, daß sie von Fall zu Fall zu erteilen ist.

2. Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse durch die Komplementare.

Bauers Z. 8 179: Die persönlich haftenden Gesellschafter sind befugt, alle Beschlüsse der Generalversammlung — auch die in Abs. 2 erwähnten — anzufechten, falls sie eine Verletzung des Gesetzes oder Statuts enthalten.

3. Abs. 4. Jastrow, FormBuch I 231 Anm. 5 weist darauf hin, daß die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter, da sie entweder im Verhandlungsprotokoll „oder in einem Anhange zum Protokolle" zu erfolgen hat, notwendig vor demjenigen Notar erfolgen müsse, welcher das Protokoll aufgenommen hat und daß deshalb entfernt wohnende Komplementare zu diesem Notar reisen müssen, ebenso, daß eine Erteilung der Zustimmung vor Abhaltung der Generalversammlung ausgeschlossen erscheint (beides ohne ersichtlichen, sachlichen Grund).

**§ 328.** Bauers Z. 8 107: Der Aufsichtsrat und seine Mitglieder können an die Angestellten der AKG. Anordnungen nur erlassen, soweit dieselben zur Durchführung ihrer Kontrollpflicht notwendig sind. Im übrigen hat nur der Vorstand Anweisungen zu erteilen.

Literatur: vgl. Lehmann vor § 105.

**§ 332.** 1. BayrObLG., DJZ. **01** 144, SeuffBl. **66** 131: Die Generalversammlung der AKG. hatte nicht nur die Umwandlung der letzteren in eine AG. mit einzelnen voneinander unabhängigen Abänderungen beschlossen, sondern der Gesellschaft eine vollständig neue, ein Ganzes bildende Satzung gegeben und den Willen zum Ausdrucke gebracht, daß die AG. mit dieser neuen Satzung bestehen solle. Einzelne Bestimmungen enthielten eine Gesetzwidrigkeit. Der Registerrichter war nicht befugt, die gesetzwidrigen Bestimmungen zu streichen und den übrigen Teil des Beschlusses einzutragen, und zwar auch dann nicht, wenn der Vorstand den Streichungen zustimmte. Vielmehr war die ganze Eintragung abzuweisen.

2. BayrObLG., OLG. **5** 279, Bauers Z. **10** 60, CBlFrG. **2** 399: Die Umwandlung einer AKG. in eine AG. stellt keine Neugründung, sondern nur eine Veränderung des rechtlichen Charakters der fortbestehenden Gesellschaft dar.

## Fünfter Abschnitt.
## Stille Gesellschaft.

Vorbemerkung: Die Monographie von Rettig behandelt eingehend die Fragen, welche sich aus der Regelung der stillen Gesellschaft ergeben. Der Verfasser kommt, in Übereinstimmung mit den anderen, die Rechtsnatur der stillen Gesellschaft behandelnden

Autoren, zu dem Ergebnisse, daß die stille Gesellschaft, eine Gesellschaft, nicht ein Darlehnsverhältnis oder ähnliches ist.

Das Material zu den Fragen nach der Stellung des Geschäftsinhabers, des stillen Gesellschafters, sowie den übrigen Fragen allgemeiner Natur ist zu § 335 zusammengestellt.

Literatur: Rettig, Die stille Gesellschaft des HGB. im Verhältnisse zu der Gesellschaft des BGB. Berlin 1902. — v. Borch, Das Recht der stillen Gesellschaft des HGB. in seinem Verhältnisse zum Gesellschaftsrechte des BGB. Diss. Rostock 1901. — Loewy, Die stille Gesellschaft in ihrem Verhältnisse zu der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes. Diss. Göttingen 1900. — Pfennig, Kommandit- und stille Gesellschaft. Diss. Rostock 1902. — v. Hövel, Wodurch unterscheidet sich die stille Gesellschaft des HGB. von der o. HG. und der Gesellschaft des BGB? Diss. Leipzig 1903.

Literatur: Bauers Z. **10** 162: Das Vorkommen des Namens eines stillen Gesellschafters in der Firma nach dem neuen HGB. — das. **9** 18: Von der Sorgfalt des Geschäftsführers; — das. **9** 164: Die Aufnahme stiller Gesellschafter durch den Geschäftsführer bei G. m. b. H.; — das. **9** 187, **10** 92: Die Stellung des Kommanditisten und stillen Gesellschafters zum Personal der Gesellschaft; — das. **10** 118: Die Niederlegung der Geschäftsführung seitens des Komplementars bei Kommandit- und stillen Gesellschaften.

**§ 335.** 1. Die rechtliche Natur der stillen Gesellschaft.

a) Gierke, AbürgR. **19** 125: Die stille Gesellschaft ist keine Handelsgesellschaft, aber eine handelsrechtliche Gesellschaft, auf die daher die Vorschriften des BGB. über den Gesellschaftsvertrag ergänzend Anwendung finden; dies jedoch nur zu einem kleinen Teile, weil sie keine Gesellschaft zur gesamten Hand ist. Ihr fehlt Personeneinheit und Gesellschaftsvermögen, und deshalb ist sie nach Art der römischen societas ein reines Schuldverhältnis, das zwar im BGB. nicht erwähnt ist, wobei aber zu beachten, daß die das Prinzip der gesamten Hand einführenden Vorschriften des BGB. nachgiebiger Natur sind und deshalb eine anderweite vertragsmäßige Regelung nicht ausschließen.

b) v. Borch, Die stille Gesellschaft ist nicht Darlehen; sie unterscheidet sich von diesem dadurch, daß sie Konsensualkontrakt ist (22), § 610 BGB. nicht für sie gilt (23), der stille Gesellschafter am Verluste teilnimmt (23) und Kontrollrecht hat (24), daß ferner der Komplementar verpflichtet ist, die Einlage dem Gesellschaftszwecke zuzuführen (24), daß endlich das Verhältnis nach Gesellschaftsrecht gekündigt wird (25). Sie bezweckt gemeinsame Förderung eines gemeinsamen Zweckes (26) und ist Gesellschaft i. S. des BGB. (26 f.).

Doch hat sie sich historisch selbständig entwickelt und zeigt von dem im BGB. aufgestellten, für alle möglichen Lebensverhältnisse bestimmten Gesellschaftsvertrage so erhebliche Unterschiede, daß dessen Vorschriften nur mit Vorsicht anwendbar sind (31). Die stille Gesellschaft hat kein Gesellschaftsvermögen, damit auch keine Gesellschaftsschulden (31), sie ist lediglich Innengesellschaft (33), der stille Gesellschafter hat keine Vertretungs- und Geschäftsführungsmacht (34), der Komplementar stets und unentziehbar (34), der stille Gesellschafter hat geringere Kontrollrechte (35).

Anwendbar auf sie sind die §§ 706 Abs. 1, 707, 717, 728, 727 1 (s. jedoch § 339 2 HGB), 726, 723, 738—740 BGB.

c) Rettig: Das Verhältnis ist Gesellschaft, nicht Darlehen, dafür sprechen die Stellung und die Ausdrucksweise der Vorschriften, die Verweise in §§ 338 f. auf das Gesellschaftsrecht des BGB., die geschichtliche Entwickelung aus der mittelalterlichen commenda, zahlreiche Verschiedenheiten von dem Darlehnsverhältnisse (Verwendung des empfangenen Geldes nur für die Zwecke des Handelsgewerbes; Kündigung nach Gesellschafts-, nicht nach Darlehnsrecht, Möglichkeit einer rechtlichen Minderung der Ansprüche des stillen Gesellschafters durch Verlust, Verschiedenheit im Konkurs u. a.) (2 ff.).

Auf die stille Gesellschaft sind ergänzend die Vorschriften des BGB. über

Gesellschaften anzuwenden. Doch ist bei der Anwendung der besonderen Natur der stillen Gesellschaft Rechnung zu tragen. U. a. unterscheidet sie sich von der Gesellschaft des BGB. dadurch, daß sie nur aus zwei Personen besteht, daß nur der Komplementar die Geschäfte führt, daß sie begrifflich eine Vermögenseinlage des stillen Gesellschafters voraussetzt, während das Versprechen von Diensten nicht genügt (11 ff.).

d) Löwy 1 ff.: Die stille Gesellschaft ist nicht Darlehen, nicht modifiziertes Gläubiger- und Schuldnerverhältnis, sondern Gesellschaft. Ebenso Pfennig 33.

e) Knoke, Gesellschaft 25: Die stille Gesellschaft ist subsidiär nach BGB. Buch 2 Titel 7 zu beurteilen.

2. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft im allgemeinen.

a) Mitgliederzahl. v. Borch: Die stille Gesellschaft kann stets nur zwei Teilhaber haben (35). Doch können mehrere Personen als gemeinschaftlich berechtigte oder verpflichtete die Stelle des einen stillen Gesellschafters einnehmen (36). Ähnlich von Hövel 12.

Löwy 24: Die stille Gesellschaft kann ihrer Natur nach nur zwei Teilnehmer haben. Beteiligen sich mehrere Personen an dem Handelsgewerbe des Geschäftsinhabers, so liegen ebensoviel stille Gesellschaften vor, wie Einlagen vorhanden.

Ebenso Pfennig 33 unter Berufung auf Lehmann-Ring 664 Nr. 3 a. E. Staub I 995² u. a.

b) Entstehung. v. Borch: Die stille Gesellschaft entsteht im Augenblicke des Vertragsschlusses; soll das Handelsgewerbe des Komplementars erst begründet werden, so erst mit der Geschäftsgründung (37). Ähnlich Löwy 26, der das Verhältnis bis zu diesem Zeitpunkt als eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes ansieht.

c) Einlage. v. Borch: Die Einlage braucht nicht in Geld, sie kann auch in allen anderen verkehrsfähigen Sachen, z. B. einem Patent, einem Fabrikationsgeheimnis, einer Kundschaft, Konzession, bestehen (40). (Ähnlich Pfennig 52.) Auch Gebrauchsüberlassung genügt, da sie als abschätzbarer Vermögenswert einen Zuwachs zum Geschäftsvermögen bildet (40). (So auch von Hövel 21, Pfennig 52. A. A. Staub Anm. 15: Weil die Einlage nach dem Gesetz in das Vermögen des Komplementars übergehen soll.) Versprochene Dienste sind keine geeignete Einlage (40 ff.), sie haben nur zukünftigen Wert, also keinen gegenwärtigen, über den der Komplementar verfügen und den er im Kapitalkonto buchen könnte. (Ähnlich von Hövel 31. Löwy 29 sieht den Grund für die Nichtzulassung von Diensten in der ihnen mangelnden Verkehrsfähigkeit. Pfennig 50 ist für Zulassung von Diensten, da sie Buchungswert haben.)

3. Denzler, Filiale 282 f.: Die Filiale der stillen Gesellschaft ist im allgemeinen nicht anders zu behandeln, als die des Einzelkaufmanns. Ihre Anlage und Verwaltung steht, vorbehaltlich besonderer Abreden, dem Komplementar zu. Die Beteiligung des stillen Gesellschafters kann auf den bei einer Filiale erzielten Gewinn beschränkt sein.

4. Rechtsprechung.

a) **RG.** Bauers Z. 8 86 f., JW. **00** 19: Es steht nicht im Widerspruche mit dem Wesen der stillen Gesellschaft, daß die in dem Geschäftsbetrieb einer solchen angelegten Kapitalien und sonstigen Vermögensobjekte möglicherweise anteilig jedem der Gesellschafter gehören, wenn auch die stille Gesellschaft ein Gesellschaftsvermögen, wie es für die o. HG. und KG. charakteristisch ist, begrifflich nicht haben kann (altes Recht!).

b) **RG.** Bauers Z. 8 18, 43, JW. **00** 621, SächsA. **10** 479, SeuffA. **56** 191, R. **00** 464: Weder die stille Gesellschaft, noch der stille Gesellschafter haben einen Gerichtsstand nach § 22 ZPO., da die stille Gesellschaft ein rein inneres Verhältnis ist. Vgl. zu § 342 Nr. 2.

c) **RG. 46** 112, Bauers Z. 8 210 f.: Die Errichtung einer stillen Gesellschaft kann den Abschluß eines wucherischen Kreditgeschäfts enthalten.

5. Stellung des Komplementars.

a) α. v. Borch 56 f.: Der Komplementar ist aus eigenem Rechte zur Geschäftsführung befugt; er führt seine eigenen Geschäfte. Doch darf er keine Geschäfte vornehmen, die völlig aus dem Rahmen des bei Begründung der stillen Gesellschaft vorhandenen Handelsgewerbes hervortreten, die Geschäftsbranche insbesondere nicht ändern, sein Handelsgewerbe aufgeben oder veräußern (event. Kündigungsgrund).

β. Nach Löwy 40 erstreckt sich seine Berechtigung auch auf die Vornahme ungewöhnlicher Geschäfte, die dem Zwecke der Gesellschaft fremd sind. Widersprechen sie diesem oder fallen sie völlig aus dem Rahmen des Gesellschaftsvertrags heraus, so bedarf es der Genehmigung des stillen Gesellschafters (sonst Schadensersatzpflicht), doch ist die Gültigkeit durch die Genehmigung nicht bedingt.

b) Bauers Z. **10** 185: Zur Aufnahme eines weiteren stillen Gesellschafters bedarf der Komplementar der Zustimmung der vorhandenen, sofern deren Gewinnbeteiligung durch die Aufnahme geschmälert wird.

c) Rettig 29 sieht eine Vertragsverletzung darin, wenn der Komplementar, der in seinem Handelsgewerbe einen stillen Gesellschafter gegen Anteil an seinem Geschäftsergebnisse beteiligt hat, den Gewinn dieses Unternehmens dadurch schmälert, daß er außerdem in seinem Handelszweige für persönliche Rechnung Geschäfte betreibt, an deren Erträgnis sein Gesellschafter keinen Anteil hat, oder indem er seine Arbeitskraft gleichzeitig einem Konkurrenzunternehmen widmet. Ähnlich v. Borch 44 (unter Hinweis auf Behrend, Lehrb. d. Handelsrechts I 672). Löwy 45.

d) Bauers Z. **9** 187: Die Anstellung des Personals liegt dem Geschäftsinhaber allein ob. Wegen der Stellung des stillen Gesellschafters vgl. oben zu § 164 Nr. 5.

6. Stellung des stillen Gesellschafters.

a) Bauers Z. **10** 162: Das Vorkommen des Namens eines stillen Teilhabers in der Firma nach dem neuen HGB. hat nicht mehr wie früher (Art. 257) die Haftung des namentlich Aufgeführten zur Folge.

b) Loewy 50 unter Bezugnahme auf Denkschrift 199 (ähnlich v. Borch 62, v. Hövel 50 f.): Während der stille Gesellschafter im allgemeinen in keiner Beziehung zu den Gesellschaftsgläubigern steht, haftet er ihnen, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund hinzukommt; als solcher ist u. a. die Kundmachung der stillen Gesellschaft anzusehen, die u. U. nach § 778 BGB. zu beurteilen ist.

c) Loewy 49: Da der stille Gesellschafter nach außen gar nicht in Betracht kommt, kann er in einem Prozesse des Komplementars als Zeuge auftreten.

d) DJZ. **01** 50 (KG.): Der stille Gesellschafter hat keinen Anspruch auf Weiterführung des Geschäfts; er kann nur Schadensersatzansprüche geltend machen, wenn die Nichtweiterführung mit dem Vertragsverhältnis in Widerspruch steht.

**§ 336.** 1. Rettig 25 hält die Zusicherung eines festen Zinses ohne jede weitere Gewinnbeteiligung nicht für statthaft, da hier das Geschäftsergebnis ohne jeden Einfluß auf die Bezüge des stillen Gesellschafters bleibe. Zulässig ist die Zusicherung eines bestimmten Mindestgewinns (26). Ähnlich v. Borch 50 und Loewy 36; v. Borch hält für fraglich die Zulässigkeit einer Vereinbarung, wonach feste Zinsen bedungen, Verlustbeteiligung aber nicht ausgeschlossen ist.

2. v. Borch 49: Der Gewinn ist nach den Grundsätzen der §§ 39 bis 41 HGB. über die Bilanz zu berechnen. Der Abzug bezahlter Geschäftsschulden, die vor Begründung der stillen Gesellschaft entstanden sind, ist unzulässig.

3. DJZ. **01** 50, Bauers Z. 8 164 (KG.): Ein Anteil an einem bei Veräußerung des Geschäfts entstehenden Verkaufsgewinne steht, mangels besonderer

Abreden, einem stillen Gesellschafter nicht zu. Gewinn aus Veräußerung des Geschäfts ist nicht Gewinn aus dem Betriebe des Geschäfts. Der stille Gesellschafter hat keinen Anspruch auf Weiterführung des Geschäfts, wenn ihm auch u. U. ein Schadensersatzanspruch aus schuldhafter Handlungsweise des Komplementars zustehen kann.

**§ 337.** 1. Rettig 27: Die Gewinn- und Verlustrechnung braucht nicht genau „am Schlusse" des Geschäftsjahrs vorgenommen zu werden. Das wäre mit Rücksicht auf die Notwendigkeit, ein Inventar aufzunehmen, nicht durchführbar (vgl. § 260 ²); auch beweist der Vergleich mit § 39 ², daß es sich im § 337 nur um eine ungenaue Ausdrucksweise handelt. Vgl. auch oben zu § 169 Nr. 2.

2. **RG. 48** 78, Bauers Z. **9** 139 f.: § 337 (Art. 255) ist nach seiner Entstehungsgeschichte dahin zu verstehen, daß die jährliche Gewinnverteilung keine provisorische, sondern eine endgültige ist, welche eine fällige Forderung des stillen Gesellschafters gegen den Komplementar begründet, die durch den späteren Gang der Geschäfte nicht mehr beeinflußt wird (doch können abweichende Vereinbarungen getroffen werden). Die hiernach in der Gewinnberechnung für den stillen Gesellschafter liegende Willenserklärung des Komplementars, fortan den berechneten Betrag dem stillen Gesellschafter zu schulden, gleichviel wie das Ergebnis der weiteren Geschäftsführung sich gestalte, unterliegt der Anfechtung nach den allgemeinen Grundsätzen, z. B. wegen Übersehens eines Passivums, irrtümlicher Annahme des Vorhandenseins eines Aktivums.

Literatur: S. zu § 166.

**§ 338.** 1. Bauers Z. **9** 65: Das Recht, den Warenbestand und die Kasse zu prüfen, hat der stille Gesellschafter, soweit der Gesellschaftsvertrag nicht anderes vorschreibt, nur in den Schranken des Abs. 3.

2. Bauers Z. **9** 43: Macht der geschäftsführende Gesellschafter keine Bilanz auf, so bleibt dem stillen Teilhaber nur übrig, sich gerichtsseitig ermächtigen zu lassen, die Bilanz durch einen Dritten (Bücherrevisor) aufstellen zu lassen.

3. Bauers Z. **8** 141: Der stille Gesellschafter kann, unter den erforderlichen Voraussetzungen tatsächlicher Art, eine einstweilige Verfügung dahin erfordern, daß der Geschäftsinhaber für eine geordnete Buchführung Sorge zu tragen habe.

4. OLG. Jena, ThürBl. **49** 100; R. **02** 264; Bauers Z. **10** 186: Das Registergericht kann nur Vorlegung der Geschäftsbücher, nicht Herausgabe an einen Gerichtsvollzieher verlangen. Diese und ähnliche über § 338 hinausgehende Maßnahmen lassen sich durch einstweilige Verfügungen nach der ZPO. erwirken. (Nicht erforderlich ist, daß der Antragsteller behauptet, daß ihm der Gegner die Einsicht der Bücher verweigere.)

Literatur: Bauers Z. 8 115: Die Auflösung der Kommanditgesellschaft und stillen Gesellschaft wegen strafbarer Handlungen des Geschäftsinhabers ➠ fünf Beispiele aus der Praxis. ⟵ — Das. 9 114: Die Aufkündigung der Kommanditgesellschaft und stillen Gesellschaft.

**§ 339.** 1. Löwy 59: Unmöglichwerden des Zweckes (§ 726 BGB.) ist als gesetzlicher Auflösungsgrund bei der stillen Gesellschaft nicht anzuerkennen. Die Feststellung des Unmöglichgewordenseins und die Fixierung eines bestimmten Zeitpunkts des Eintritts als Grundlage der Berechnung wird nur in Ausnahmefällen durchführbar sein. Auch ist bei einer auf dauernden Erwerb gerichteten Gesellschaft Erreichung des Zweckes in der Regel ausgeschlossen.

von Hövel 64 ff. meint, daß diese praktischen Schwierigkeiten entnommenen Bedenken nicht gegen die Anwendung des § 726 BGB. verwendet werden könnten.

Unter den wichtigen Gründen, die nach § 723 BGB. den stillen Gesellschafter zur Kündigung berechtigen würden, führt Rettig 38 Mißbrauch des Gesellschaftsvermögens (resp. der Einlage) zu Privatzwecken auf.

Ähnlich von Borch 47, der als wesentliche Verpflichtungen des Komplementars weiter nennt: wahrheitsgemäße Mitteilung der Bilanzen, Auszahlung des Gewinnanteils, korrekte Buchführung (68).

2. Abs. 2. v. Borch 65: Eine sonstige Änderung im Teilhaberbestand ist unmöglich, da ein Wechsel in der Person der stillen Gesellschaft nur durch Zession und Aufnahme des Zessionars sich bewerkstelligen läßt, also der Zustimmung des Komplementars bedürfte, wodurch die Manipulation zu einem neuen Vertrage werden würde.

Löwy 52 f.: Da die stille Gesellschaft auf gegenseitigem Vertrauen beruht, ist ein Personenwechsel ausgeschlossen. Doch muß sich ein stiller Gesellschafter gefallen lassen, daß der Komplementar einen zweiten stillen Gesellschafter annimmt, denn dadurch wird sein Vertragsverhältnis nicht berührt.

3. Vgl. oben zu § 132 HGB. und JDR. **1** und **2** zu §§ 723, 726 ff. BGB.

**§ 340.** 1. a) v. Borch 70: Da die stille Gesellschaft mit der Auflösung endet, haftet der Komplementar von da ab dem bisherigen stillen Gesellschafter nicht nur für diligentia quam suis, sondern für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns.

b) A. A. Löwy 72: Der Komplementar haftet für die Abwickelung der Geschäfte nur mit diligentia quam suis, da die Liquidation trotz der Auflösung der Gesellschaft immerhin noch ein Ausfluß des Gesellschaftsverhältnisses ist.

2. v. Borch 71, Löwy 69: Die Auseinandersetzung vollzieht sich nicht nach §§ 730—735, sondern nach §§ 738, 740 BGB.

3. **RG.** Bauers Z. **8** 67: Den Beteiligten steht es frei, eine bestimmte Art der Liquidation zu vereinbaren (altes Recht).

**§ 341.** 1. Bauers Z. **9** 235 f.: Der stille Gesellschafter hat keinen Anspruch auf abgesonderte, bzw. bevorzugte Befriedigung im Konkurse des Komplementars. Der Gesellschaftsbegriff im § 44 KO. setzt eine vermögensrechtliche Gemeinschaft voraus.

Rettig 45[7]: War der stille Gesellschafter mit der Einzahlung bereits vor der Konkurseröffnung in Verzug, so muß er die ganze Einlage einzahlen und kann sich nicht auf § 341[2] berufen.

2. a) Bauers Z. **8** 259 f.: Die Auseinandersetzung zwischen stillem Gesellschafter und Komplementar im Konkurse des letzteren liegt dem Konkursverwalter ob, weil, wenn kein Konkurs vorläge, die Liquidation durch den Komplementar zu geschehen hätte.

b) **RG.** JW. **03** 10, Holdheims MSchr. **12** 48, Bauers Z. **10** 138, BankA. **2** 191: Im Konkursfalle hat der Konkursverwalter die Auseinandersetzungspflicht. Verlangt der stille Gesellschafter als Konkursgläubiger die ganze Einlage zurück mit der Behauptung, daß während der stillen Gesellschaft Verluste nicht eingetreten seien, so hat der Konkursverwalter die Verluste, zu deren anteilsweisen Tragung er den stillen Gesellschafter heranziehen will, zu beweisen. (Altes Recht, aber noch anwendbar.)

3. SächsOLG. **23** 329, Bauers Z. **9** 236: An dem während des Konkurses erzielten Geschäftsgewinne hat der stille Gesellschafter keinen Anteil.

**§ 342.** 1. Pfennig 98: Die Anfechtungsklage ist nicht gegeben bei Erlaß der rückständigen Einlage (vgl. Staub Anm. 10), soweit nicht etwa die Einlage zur Deckung des auf den stillen Gesellschafter entfallenden Verlustanteils hätte verwendet werden müssen.

2. **RG.** JW. **00** 621, SeuffA. **56** 191, SächsA. **10** 479, R. **00** 464, Bauers Z. **8** 18 f.: Die Klage aus § 342 (früher Art. 259) HGB. ist eine actio ex lege; die Anfechtung ist unabhängig von der Absicht, welche die Beteiligten mit der Rückzahlung verbunden haben. Deshalb ist ein Gerichtsstand weder aus § 32 noch § 29 oder § 22 ZPO. begründet. Vgl. Note 4b zu § 335.

# Drittes Buch.
# Handelsgeschäfte.

## Erster Abschnitt.
## Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkung: In diesem Abschnitte hat zu den zahlreichsten Erörterungen in Theorie und Praxis naturgemäß der § 346 Anlaß gegeben; eine volle Übereinstimmung ist hier in wesentlichen Punkten (z. B. in der Beurteilung der einseitigen Vermerke auf den Vertragspapieren, der übersandten Geschäftsbedingungen usw.) noch nicht erzielt.

Bei der Streitfrage, ob die Saldofeststellung novierende oder nur eine akzessorische Wirkung habe, scheint sich die Wagschale zugunsten der ersten Ansicht zu neigen. Die andere (namentlich im Hinblick auf §§ 774, 1190 BGB.) nicht minder wichtige Frage, was im Falle des § 356 aus der gesicherten Forderung selber wird, ist durch Entscheidungen noch nicht belegt.

**§ 343.** Zum Betriebe des Handelsgewerbes gehören auch die Verträge, die ein Kaufmann zwecks Liquidation seines Geschäfts schließt. RG. JW. **03** 63.

Literatur: M. Wolff, GoldschmidtsZ. **47** 247 ff.

**§ 344.** 1. Zur Widerlegung der Vermutung genügt nicht, daß das betreffende Geschäft eine ersichtliche Beziehung zum Handelsgewerbe nicht hat; es muß vielmehr offensichtlich keine Beziehung dazu haben. RG. JW. **02** 188.

2. Zu den Rechtsgeschäften, in Ansehung deren die Vermutung des § 344 Platz greift, gehören auch Schenkungen; vgl. Staub Anm. 28 zu § 343. RG. JW. **02** 398.

3. Unter den Begriff „Schuldschein" fallen alle Urkunden, die ein Verpflichtungsbekenntnis enthalten; vgl. Staub Anm. 9 zu § 344. RG. JW. **01** 576.

**§ 346.** Zu vergleichen sind die Entscheidungen zu §§ 133, 157, auch § 242 BGB.

I. Die Handelsgebräuche sind nicht

1. Handelsgewohnheitsrecht, sondern Übungen tatsächlicher Art, ohne opinio necessitatis, folglich nicht objektives Recht (abweichend: objektives Recht LG. Berlin I, KGBl. **12** 98); sie dienen zur Auslegung zweifelhafter und zur Ergänzung unvollständiger Willenserklärungen. Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche Einl. XXIII ff.

2. a) Sie sind nur dann zu berücksichtigen, wenn sie dem, dessen Willen festgestellt werden soll, bekannt waren oder bekannt sein mußten. RG. R. **03** 603.

b) Es sei denn, daß er erkennbar sich auch einem ihm unbekannten Gebrauch unterworfen hat. RG. JW. **03** 9, Holdheims MSchr. **12** 163. A. A. Riesenfeld, Einl. XXVIII u. LIV.

c) Sie sind aber auch dann zu berücksichtigen, wenn die Partei ihre Anwendung zwar nicht wollte, diesen ihren Willen jedoch nicht zum Ausdrucke gebracht hat. RG. R. **03** 582; vgl. auch SächsOLG. **22** 235.

II. Stillschweigen. (Vgl. zu § 354 Abs. 1 unter 2 und Abs. 2.)

1. Es besteht kein Handelsgebrauch, daß Stillschweigen allgemein als Genehmigung gilt; insbesondere dann nicht, wenn es sich um einen Antrag auf Ab-

änderung bestehender Vertragsverhältnisse handelt; der Empfänger eines derartigen Antrags darf im Bewußtsein seines vertraglichen Rechtes die Antwort auf das unberechtigte Ansinnen unterlassen. Staub Anm. 14 zu § 346. OLG. Bamberg, SeuffA. 57 448, OLG. Karlsruhe, BadRpr. 03 169.

2. Jedoch kann auch, abgesehen von den Fällen des § 362 HGB., Stillschweigen im Handelsverkehr unter Umständen Zustimmung bedeuten. RG. JW. 03 102 u. Holdheims MSchr. 12 11; ferner RG. 54 177, JW. 03 183.

3. Im Giroverkehre läßt bloßes Stillschweigen des Kontoinhabers die Deutung zu, daß er das Kontobuch richtig befunden oder daß er seiner Kontrollpflicht nicht genügt hat, es berechtigt aber nicht zur Annahme eines verpflichtenden Anerkenntnisses. OLG. Hamburg, HansGerZ. 03 Hptbl. 247.

4. Dagegen liegt bei einem Kontokorrentvertrag in der Fortsetzung des Geschäftsverkehrs nach Annahme und Nichtbemängelung eines Saldos die stillschweigende Anerkennung dieses Saldos. RG. JW. 03 123; vgl. auch OLG. Karlsruhe, BadRpr. 02 254.

5. Auch einem Nichtkaufmanne gegenüber, der Waren empfangen hat, kann aus den Umständen gefolgert werden, daß er durch sein Schweigen die Lieferung habe genehmigen, d. h. als Vertragserfüllung anerkennen wollen. DJZ. 03 82 (KG.).

6. Der Kaufmann muß von den im geschäftlichen Verkehr ihm zugehenden Schreiben Kenntnis nehmen und kann sich nicht darauf berufen, daß er sie nicht gelesen habe.

Dies gilt auch für aufgedruckte Vermerke (nach Staub Anm. 28a zu Exkurs § 372 jedoch nicht, wenn sie sich an leicht zu übersehender Stelle befinden). KGBl. 13 114 (KG.), OLG. Hamburg, HansGerZ. 02 Hptbl. 108, RG. NaumbAK. 01 89, BadRpr. 01 301; ferner RG. 54 177, JW. 03 183.

7. a) Bestätigungsschreiben oder Schlußnoten sollen nach Abschluß des Vertrags seinen Inhalt erschöpfend fixieren. KGBl. 13 114 (KG.) Übereinstimmend Staub, Exkurs zu § 372 Anm. 27.

b) Sie enthalten dispositive Erklärungen der Vertragsteile. OLG. Hamburg, DJZ. 03 108.

8. Kommissionsnoten dagegen sollen nur die mündliche Übereinkunft festlegen. OLG. Karlsruhe, BadRpr. 02 265, OLG. Hamburg, DJZ. 03 108.

9. Der Käufer hat den ihm vom Verkäufer zugesandten Schlußschein zu prüfen und ihm etwaige Anstände mitzuteilen. Schweigt er, so gilt das als Zustimmung. RG. SächsA. 10 468, entsprechend OLG. Hamburg, HansGerZ. 02 Hptbl. 108.

10. Da bei einem auf Grund telegraphischer Verhandlung erfolgenden Geschäftsabschlusse der Natur der Sache nach nur die wesentlichsten Bedingungen in knapper Ausdrucksweise vereinbart zu werden pflegen, so hat in solchen Fällen die briefliche Abschlußbestätigung gerade den Zweck, das Vertragsverhältnis in allen Einzelheiten ausführlicher und übersichtlich festzustellen. Daß dabei Nebenbestimmungen aufgenommen werden, die im telegraphischen Verkehr unerwähnt geblieben waren, ist etwas durchaus Gewöhnliches. Unter diesen Umständen ist jeder Kontrahent verpflichtet, wenn er mit dem Inhalte des Bestätigungsschreibens nicht einverstanden ist, dies zu erklären unter dem Präjudiz, daß der Inhalt sonst als genehmigt gilt und eine spätere Beanstandung nicht mehr zugelassen wird. OLG. Hamburg, HansGerZ. 03 Hptbl. 72.

III. Insbesondere Unterwerfung unter Geschäftsbedingungen rc.

1. a) Der einseitige Vermerk auf Fakturen (Rechnungen), „Erfüllungsort X.“ ist nach der ständigen Praxis des RG. bedeutungslos; der Käufer braucht

ihn nicht zu beachten (vgl. unten Nr. 5). RG. JW. **03** Beil. 15, R. **03** 44, Holdheims MSchr. **12** 166.

b) Dies gilt auch bei fortgesetzten Warenbestellungen. Übereinstimmend Staub, Exkurs zu § 372 Anm. 26; die vorige Entscheidung; ebenso RG. JW. **02** Beil. 252, R. **02** 433; ferner OLG. Hamburg, HansGerZ. **01** Hauptblatt 200.

Abweichend: Der Käufer, der nach Empfang der ersten Faktura die Geschäftsverbindung fortsetzt, hat im Zweifel für die ferneren Abschlüsse die Erklärung des Verkäufers bezüglich des Erfüllungsorts stillschweigend angenommen. LG. Heidelberg, BadRpr. **02** 35.

2. Dasselbe gilt von einseitigen Vermerken über den Erfüllungsort in der Kommissionskopie. Düringer-Hachenburg Note VI a zu § 346, Staub, Exkurs zu § 372 Anm. 26, 27, OLG. Hamburg, DJZ. **03** 108, R. **03** 152; entsprechend KGBl. **13** 114 (KG.). Vgl. unten Nr. 18.

3. Kostenanschläge sind regelmäßig nicht dazu bestimmt, Abänderungen des Erfüllungsorts herbeizuführen. Daher durfte der Besteller, ohne die Grundsätze von Treu und Glauben zu verletzen, den Randvermerk „Erfüllungsort X." auf dem Kostenanschlag unbeachtet lassen. KG. u. RG. JW. **03** 431.

4. Der Verkäufer, der seine Vertragsbedingungen in den Katalog aufnimmt, wünscht Offerten unter diesen Bedingungen. Nach Treu und Glauben hat der Empfänger eines solchen Katalogs sich über die darin enthaltenen Bedingungen zu unterrichten. Unterläßt er dies und bestellt er, so kann er sich auf ihre Unkenntnis nicht berufen. LG. Halberstadt, NaumbAK. **03** 1, Bad. Rpr. **03** 69.

Abweichend: Staub, Exkurs zu § 372 Anm. 28 und Exkurs zu § 361 Anm. 9 Note 1. Vgl. die folgende Nummer.

5. Die Vermerke über den Erfüllungsort auf Fakturen und Kommissionskopien braucht der Käufer nur deshalb nicht zu beachten, weil diese erst nach dem Abschlusse des Geschäfts erteilt werden und deshalb für das, was von den Parteien vorher wirklich vereinbart ist, nicht maßgebend sind, die entsprechenden Vermerke in Katalogen und Preislisten gleichfalls deshalb nicht, weil diese bezwecken, über Qualität und Preis der Ware Auskunft zu geben, dagegen in Ermangelung besonderer Bezugnahme nicht als Ort für andere Vertragsbedingungen gelten. Staub, Exkurs zu § 372 Anm. 26—28. RG. NaumbAK. **01** 89, BadRpr. **01** 301.

6. a) Wenn ein Kontrahent dem anderen seine Geschäftsbedingungen übersendet hat und darauf Geschäfte gemacht werden, so gelten die Geschäftsbedingungen als genehmigt. Staub Anm. 14 zu § 346; RG. NaumbAK. **01** 89, BadRpr. **01** 301.

Ein Kaufmann, der den Empfang eines Geschäftsbedingungen enthaltenden Zirkulars bestätigt hat und bald darauf Waren bestellt, muß jene Geschäftsbedingungen, insbesondere auch die über den Erfüllungsort, gegen sich gelten lassen, soweit sie nicht ausdrücklich anders vereinbart sind. RG. Holdheims MSchr. **12** 278.

b) Wer mit einer Versicherungs-, Transport- oder dergl. Anstalt, die ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen veröffentlicht hat, einen Vertrag schließt, unterwirft sich ihnen, insbesondere denen über den Erfüllungsort, nicht nur, wenn sie ihm vorher mitgeteilt worden sind, sondern auch, wenn ihm bekannt war, daß die betreffende Anstalt auf Grund solcher Art veröffentlichter Bedingungen zu kontrahieren pflegt. Staub Anm. 15 zu § 346, Düringer-Hachenburg, Note VI e zu § 346, OLG. Hamburg, HansGerZ. **02** Hptbl. 132, OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 235.

7. Von einem Einzelkaufmanne dagegen kann man nicht voraussetzen, daß er seine Geschäfte nur auf Grund eines von ihm einseitig aufgestellten Vertragsformulars abschließe. Wenn er auch dem Auftraggeber seine Geschäftsbedingungen bei früheren Gelegenheiten mitgeteilt haben mag, so ist daraus nicht zu folgern, daß dieser bei späteren Bestellungen sich jenen Bedingungen als den ein für allemal maßgeblichen stillschweigend unterwarf. OLG. Hamburg, DJZ. **03** 228.

8. Daraus, daß der Käufer mit dem Verkäufer vorbehaltlos in Vergleichsverhandlungen eintritt, ist nicht zu folgern, daß er etwas von seinem Rechte aufgeben will. Ein allgemeiner Satz, daß man sich auf Vergleichsverhandlungen nur unter ausdrücklichem Vorbehalte seines Rechtsstandpunkts einlassen dürfe, widrigenfalls man sich präjudiziert habe, ist nicht im Rechte begründet. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hptbl. 140.

IV. Treu und Glauben. (Vgl. zu § 354 Abs. 2.)

1. a) Unter Ausnutzung eines vom Gegenkontrahenten zu seinen Ungunsten bei der Preisstellung begangenen Rechenfehlers einen für sich günstigen, jenem Schaden bringenden Vertrag zu schließen, verstößt gegen die Sittenanschauungen aller achtbaren Kaufleute. OLG. **4** 204 (Hamburg), R. **02** 179 (auch 242), ZAktWes. **9** 236.

b) Abweichend: Ob die Ausnutzung eines solchen Irrtums gegen Treu und Glauben verstößt, ist Tatfrage. OLG. **2** 500 (Hamburg), R. **01** 497.

2. Ein Kaufmann, dem eine andere Firma eine Bestätigung über eine von seinem Prokuristen an ihren Reisenden erteilte Bestellung zukommen läßt, ist nach Treu und Glauben verpflichtet, dieser Firma sofort mitzuteilen, wenn sein Prokurist jene angebliche Bestellung leugnet; Stillschweigen muß als Bestätigung der Bestellung gelten. OLG. Dresden, SächsA. **12** 62; analog OLG. Hamburg, HansGerZ. **01** Hptbl. 193.

3. Mitzuteilen, daß die Ware von einem anderen Käufer aufgeschossen war, ist der Verkäufer nicht verpflichtet; denn das ist keine Eigenschaft der Ware und der Verkäufer genügte den Erfordernissen von Treu und Glauben, wenn er die Ware einfach dem Käufer vorlegte, ohne irgend etwas zu tun, was ihn von gründlicher Prüfung abhalten oder ihn zu Irrtümern über ihre Beschaffenheit verleiten konnte. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hptbl. 168.

V. Gute Sitte.

1. Ein Kaufmann, der zwecks Beseitigung der Konkurrenz anderen Kaufleuten Ausnahmetarife androht für den Fall, daß sie nicht mit jener brechen, verstößt gegen die guten Sitten. **RG.** JW. **01** 349, DJZ. **01** 413, R. **01** 284, HansGerZ. **01** Hptbl. 181.

2. Ein im Ausland abgeschlossenes Kaufgeschäft über Fleisch, dessen Einfuhr durch Reichsgesetz vom 3. 6. 00 verboten ist, ist nicht ungültig. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hauptbl. 212.

3. Die Ausbedingung der Zahlung von „Glücksgeld" bei Pferdekäufen setzt nach Handelsbrauch voraus, daß ein außergewöhnlich hoher, eben ein Glücksgewinn erzielt worden sein muß. Nur ein solcher Gewinn verpflichtet zur Zahlung des Glücksgeldes. LG. Gießen, HessRspr. **1** 180.

4. Für Kostenanschläge, Projekte und Zeichnungen, die mit einem Vertragsantrag übergeben worden sind, kann Vergütung nur dann beansprucht werden, wenn diese in dem betreffenden Geschäftszweig üblich ist. OLG. Marienwerder, R. **02** 375; PosMschr. **02** 40.

5. Die Vereinbarung einer Garantiefrist bedeutet, daß während dieser Frist dem Käufer der volle Gewährleistungsanspruch zustehen soll. Wenn unter Kaufleuten üblich ist, daß das Garantieversprechen nur zum Ersatze solcher Teile

verpflichten soll, welche infolge schlechter Konstruktion oder schlechten Materials unbrauchbar werden, so berührt dies den Käufer, der nicht Kaufmann ist, nicht. OLG. Marienwerder, PosMschr. **03** 22; vgl. auch OLG. 8 72.

6. a) Wechsel werden im Zweifel nur zahlungshalber gegeben; sie tilgen daher, wenn nicht abweichende Vereinbarungen vorliegen, die Schuld nicht; auch in der Erklärung des Gläubigers, „er habe den Wechsel als Zahlung genommen", oder „er habe das Konto des Schuldners ausgeglichen," liegt noch nicht die Annahme an Zahlungsstatt. ROHG. **3** 145, **15** 321, **18** 391. OLG. Bamberg, SeuffA. **57** 448.

b) Dasselbe gilt von Schecks. SächsOLG. **24** 426.

c) Und von Zinsscheinen. LG. Frankfurt a./M., BankA. **1** 154.

Literatur: Brückner, Rechtliche Stellung und Haftverbindlichkeit der kaufmännischen Auskunftbureaus. R. **03** 245, 273; vgl. IDR. **2** zu § 676 BGB.

**§ 347.** I. Auskunfterteilung:

1. § 347 ist bei falscher Auskunft nur dann anwendbar, wenn zwischen der ratsuchenden Partei und dem Ratgeber ein Vertragsverhältnis besteht. **RG.** JW. **03** 184.

2. Für bloße Redensarten, die als solche für den Kunden erkennbar sind, haftet der Bankier nicht. **RG.** JW. **02** 318.

3. Der Bankier, der Aktien eines neugegründeten industriellen Unternehmens besonders empfiehlt, handelt fahrlässig. **RG.** JW. **00** 567.

4. Der Auskunftgeber handelt schon dann dolos, wenn er von der Richtigkeit seiner Behauptungen selber nicht überzeugt ist. **RG.** JW. **02** Beil. 276, R. **03** 78, SächsA. **13** 209, BankA. **2** 91; OLG. Braunschweig, Holdheims MSchr. **11** 248.

II. Einzelnes:

1. Die Girobank hat dafür zu sorgen, daß sich das Zahlungsgeschäft möglichst rasch, zuverlässig und ohne Stockungen abwickelt. Über die Grenzen des Zahlungsgeschäfts hinaus kann sie die Interessen ihrer Kunden nicht wahrnehmen. Sie ist insbesondere nicht verpflichtet, in jedem einzelnen Falle zu erwägen, ob sie die Umschreibung vornehmen darf oder nicht, vorausgesetzt, daß nur das Girokonto des Empfängers noch rechtswirksam besteht. (Diese Voraussetzung entfällt mit der Konkurseröffnung, nicht schon mit der Zahlungseinstellung.) OLG. **6** 79 (KG.), bestätigt durch **RG. 54** 329, JW. **03** 245, DJZ. **03** 297.

2. Der Kaufmann, der eine Ware als zu einer bestimmten Gattung gehörig verkauft, verletzt die ihm obliegende Sorgfalt und macht sich schadensersatzpflichtig, wenn er sich nicht darüber vergewissert hat, daß die Ware wirklich die ist, für die er sie ausgibt (Winterroggen statt Sommerroggen). OLG. **8** 70 (Marienwerder), PosMschr. **03** 72.

3. Die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns erfordert, daß die Verpackung der Ware (Säcke ꝛc.) gemarkt und die Marke in den Verladungspapieren angegeben wird. OLG. **3** 82 (Hamburg), R. **01** 472.

4. Eine Rücktrittserklärung muß mit tunlichster Beschleunigung, unter Umständen telegraphisch abgegeben werden. **RG.** HansGerZ. **01** Hauptbl. 277.

**§ 348.** Verpflichtet sich ein Bauunternehmer, für ein von ihm zu bauendes Hotel den gesamten Bierbedarf von einer bestimmten Brauerei zu beziehen, und verspricht er für jeden anderweit bezogenen Hektoliter eine bestimmte Summe als Konventionalstrafe, so findet § 348 Anwendung. Denn, wer Waren verkaufen will, schafft zunächst Waren an, und diese Anschaffung ist der erste Akt seines kaufmännischen Gewerbebetriebs. OLG. **7** 386 (Hamm).

**§ 352.** 1. § 352 gilt auch für die Geschäfte, die vor dem 1. 1. 00 begründet sind, und auch, wenn der Verzug schon vor dem 1. 1. 00 eingetreten

ist. Ständige Rechtsprechung: z. B. RG. R. **00** 371; OLG. Hamburg, DJZ. **00** 99; OLG. Dresden, DJZ. **00** 120; SächsA. **10** 177.

2. Auf die Zinsen einer Ersatzforderung gemäß § 37 KO. ist § 352 auch dann nicht anwendbar, wenn sich die angefochtene Rechtshandlung als ein beiderseitiges Handelsgeschäft darstellt. RG. JW. **02** 273, R. **02** 326, SächsA. **12** 493.

3. Auch auf Verzugszinsen der von einem Geschäftsreisenden an seinen Prinzipal verwirkten Vertragsstrafe ist § 352 nicht anwendbar, sondern § 246 BGB. RG. R. **03** 152, Puchelts Z. **34** 15. Vgl. auch zu § 354 Abs. 4.

Literatur: Marcus, Die „übliche" Gegenleistung bei Arbeitsverträgen nach geltendem Handelsrecht und bürgerlichem Rechte, R. **01** 43. — Sontag, Die Darlehnszinsen des Bankiers, R. **02** 175.

**§ 354.** Abs. 1. Der Provisonsanspruch: 1. § 354 enthält das allgemeine handelsrechtliche Vergütungsprinzip. Nach den „am Orte üblichen Sätzen" bedeutet die Sitte des Ortes. Wenn es an solchen ortsüblichen Sätzen fehlt, greifen — wenn nur Sitte und Gebräuche den Ansprüchen nicht überhaupt entgegenstehen — die §§ 315, 316 BGB. Platz. Marcus, R. **01** 43.

2. Der Provisionsanspruch kann durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung ausgeschlossen werden. Letzteres ist anzunehmen, wenn die Dienste, nachdem der andere Teil die Gewährung einer Vergütung in nicht mißzuverstehender Weise abgelehnt hatte, vorbehaltlos fortgesetzt werden. RG. JW. **01** 164, R. **01** 239.

3. Voraussetzung des Provisionsanspruchs ist, daß der Kaufmann seine Tätigkeit in den Dienst eines anderen gestellt hat und dieser bei Annahme der Tätigkeit oder ihres Erfolges erkannt hat oder erkennen mußte, daß es sich um eine ihm erwiesene Dienstleistung handele. Diese Voraussetzung ist nicht immer schon dann gegeben, wenn durch die Tätigkeit des Kaufmanns der Vorteil des anderen gefördert ist. RG. JW. **00** 758, Gruchots Beitr. **45** 1054, SeuffA. **56** 143.

4. Abs. 2. Die Vereinbarung, daß und in welcher Höhe Zinsen gezahlt werden sollen, kann auch stillschweigeud getroffen werden. Eine solche stillschweigende Vereinbarung wird stets anzunehmen sein, wenn der Bankier seinem Kunden ein Darlehen (ohne ausdrückliche Vereinbarung von Zinsen) gewährt. Der Zinsfuß ergibt sich hier nicht aus den §§ 354, 352 HGB., sondern beträgt kraft obwaltender Usance den Reichsbank-Lombardzins zuzüglich angemessenem Zuschlage. Sontag, R. **02** 175.

Wegen Vergütung für Kostenanschläge usw. vgl. oben zu § 346 sub V 4.

Literatur: Mohr, Der Kontokorrentverkehr. Berlin 1902.

**§ 355.** 1. Eigentlicher Kontokorrent. (Vgl. oben zu § 346 unter II d.)

a) Bei dem Kontokorrent in dem Sinne des § 355 bildet der anerkannte Saldo einen neuen selbständigen Verpflichtungsgrund. RG. Gruchots Beitr. **46** 1129, JW. **02** 321 und RG. JW. **03** Beil. 35.

b) Ein wesentliches Merkmal des Kontokorrents und des in ihm enthaltenen Kompensationsvertrags ist, daß der Abrede und Übung gemäß die beiderseitigen Ansprüche und Leistungen ihre Selbständigkeit einbüßen und lediglich für das bei der Saldoziehung zu gewinnende Ergebnis als Faktoren der Abrechnung und Aufrechnung dienen sollen. RG. JW. **03** Beil. 35.

c) Bei dem Kontokorrent kann ferner jeder Teil jederzeit Feststellung des Saldos verlangen. Ultimogelder (die gegen bestimmte Zinsen bis Ultimo fest überlassen werden) können deshalb nicht in den Kontokorrent aufgenommen werden. RG. Gruchots Beitr. **47** 676.

d) Nicht notwendig ist, daß die einzelnen Posten an sich verzinslich sein müssen. Staub Anm. 11 zu § 355, Düringer-Hachenburg Note III⁴ u. VI zu § 355, Mohr 79. A. A. Cosack, Lehrbuch 347, Lehmann-Ring Note 7 zu §§ 355—357.

e) Die Zinssätze können sowohl für die einzelnen Posten als für die Seiten des Kontokorrents verschieden sein. Staub Anm. 35 zu § 355, RG. Gruchots Beitr. **47** 688.

f) Dadurch, daß in einer einzelnen Rechnungsperiode der eine Teil nur zu fordern, der andere nur zu leisten hat, wird dem Vertragsverhältnisse der Charakter als Kontokorrent nicht genommen. Staub Anm. 8 zu § 355, Düringer-Hachenburg Note III² zu § 355, Lehmann-Ring Nr. 7 zu §§ 355—357. A. A. Mohr 78.

2. Uneigentlicher Kontokorrent.

a) Bei dem „uneigentlichen Kontokorrent" (der „offenen", „einfachen laufenden" oder „uneigentlichen laufenden Rechnung"), bei dem die einzelnen Zahlungen nicht indiskret „zur Gutschrift", sondern mit Beziehung auf individuell bestimmte Posten erfolgen, bildet der Saldo nicht eine selbständige Forderung, sondern nur die arithmetische Summe der durch Kompensation und Zahlung nicht gedeckten einzelnen Forderungen. RG. Gruchots Beitr. **46** 1129, JW. **02** 321, RG. JW. **02** 97.

b) Hier bedeutet das Anerkenntnis des Saldos nur die rechnerische Zusammenfassung der einzelnen Forderungen. RG. JW. **02** 97.

3. Wirkung der Saldofeststellung.

a) Bei dem eigentlichen Kontokorrent liegt in der Saldofeststellung eine Novation. Staub Anm. 2—6 und 27 zu § 355, Düringer-Hachenburg Note VIII zu § 355, Mohr 93. RG. a) Gruchots Beitr. **46** 1129, JW. **02** 321, b) JW. **02** 97, c) JW. **02** 321, d) JW. **03** Beil. 35.

b) Abweichend: In der Saldofeststellung ist nur eine Schuldanerkennung (akzessorische Stipulation) zu erblicken. Cosack 306 ff., 351, Lehmann-Ring Nr. 29 zu §§ 355—357, Dernburg, Schuldverhältnisse I 271, 272.

4. Nicht in den Kontokorrent aufgenommene Beträge können noch nachträglich trotz Anerkennung des Saldos geltend gemacht werden. OLG. Colmar, DJZ. **01** 464, ElsLothrJZ. **25** 320.

5. a) Der anerkannte Saldo wird bei Fortsetzung des Kontokorrents zu einem gewöhnlichen Kontokorrentposten. Vgl. Staub Anm. 18 und 27 zu § 355, OLG. Karlsruhe, SeuffA. **56** 99.

b) Die Anerkennung des Saldos wird jedoch dadurch, daß er auf neue Rechnung vorgetragen wird, nicht hinfällig. BayrObLG., R. **02** 326.

6. Auch Differenzschulden werden durch die mit Anerkennung des Saldos vollzogene Kompensation getilgt. RG. JW. **03** 123.

7. Bei der einfachen laufenden Rechnung jedoch kann trotz Anerkennung des Auszugs der Einwand erhoben werden, daß die der eingeklagten Forderung zugrunde liegenden Geschäfte Differenzgeschäfte seien. BayrObLG., R. **02** 326.

**§ 356.** Wirkung der Aufnahme in den Kontokorrent auf die gesicherte Forderung selber: a) Die Forderung selber, deren Sicherheit bestehen bleibt, ist infolge Novation erloschen. Staub Anm. 1 zu § 356.

b) Sie dauert fort. Lehmann-Ring Nr. 30 a. E. zu § 355—357.

c) „Sie besteht fort, soweit es sich um die Geltendmachung der Sicherheit handelt". Denkschr. 214, Düringer-Hachenburg Note IIb zu §§ 356.

Literatur: Boden, Die Klausel tel quel, Goldschmidts Z. **51** 339—372.

**§ 360.** 1. Bei der Bestellung billiger Massenartikel nach Muster kann nicht Lieferung ausschließlich tadelloser Stücke beansprucht werden; andererseits kann im Einzelfalle das Vorhandensein schlechter oder ganz unbrauchbarer Stücke auch, wenn nicht erheblich an Zahl, das Recht zur Zurückweisung der ganzen Lieferung geben. **RG.** HansGerZ. **01** Hptbl. 57, JW. **00** 856.

2. „Gute Beschaffenheit" ist mehr als mittelgute im Sinne des § 360, aber weniger als „beste", „feinste", „prima Qualität". OLG. Karlsruhe, BadRpr. **02** 159.

3. Die in Hamburg bei Verträgen über überseeische Waren viel gebrauchte Klausel tel quel bezweckt nicht, den im § 243 BGB. ausgesprochenen Grundsatz außer Kraft zu setzen, so daß durch die Klausel nur die schlechte Qualität, nicht aber ein verdorbener oder ungesunder Zustand der Ware gedeckt würde; sie deckt auch nicht schrankenlos jede der Ware anhaftende Mangelhaftigkeit; die Klausel bezieht sich vielmehr ausschließlich auf die Mängel, die in den unberechenbaren Zufälligkeiten, denen die Auswahl und Behandlung der Ware in den überseeischen Produktionsländern ausgesetzt ist, ihren Grund haben; diese Mängel, mögen sie in schlechter Qualität oder in einem verdorbenen oder ungesunden Zustande bestehen, und mag die Mangelhaftigkeit auch so weitgehend sein, daß die Ware keinerlei Verwertung mehr zuläßt, deckt die Klausel unterschiedslos. Boden, Die Klausel tel quel, Goldschmidts Z. **51** 339—372.

4. Welche Mängel im Einzelfalle durch die Klausel tel quel gedeckt werden sollen, ist Tatfrage. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **02** 291.

5. Die Klausel tel quel verpflichtet den Käufer, auch Waren von schlechtester Beschaffenheit zu empfangen, wenn sie nur noch ordentliche Kaufmannsware ist. **RG.** HansGerZ. **02** Hptbl. 215, JW. **02** 398, R. **02** 463. A. A. Boden a. a. O. (oben Nr. 3).

**§ 363.** 1. Anweisung: vgl. JDR. **1** und **2** zu §§ 783ff.

a) Die kaufmännische Anweisung begründet nach Annahme eine Formalobligation zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisungsempfänger; zu welchem Zwecke die Annahme erfolgte, ist unerheblich. **RG.** JW. **02** 79, ElsLothrJZ. **27** 539.

b) Die Hingabe einer Anweisung zahlungshalber bedeutet im Zweifel, daß der Anweisungsempfänger beim Angewiesenen Zahlung suchen soll, bei fruchtlosem Ausfall aber den Anweisenden in Anspruch nehmen darf. **RG.** JW. **01** 867. A. A. Staub § 363 Anm. 12.

2. Verpflichtungsschein.

Ein von einem Kaufmann ausgestellter eigener Wechsel, der als solcher wegen Formmangels unwirksam ist, kann als kaufmännischer Verpflichtungsschein gelten (ROHG. **6** 130), ein präjudizierter oder verjährter Wechsel dagegen nicht (ROHG. **9** 354, **18** 188) **RG.** HansGerZ. **01** Hptbl. 229, DJZ. **01** 484.

3. Konnossement: vgl. § 642.

4. Ladeschein: vgl. §§ 444, 445.

5. Lagerschein: vgl. § 424.

6. Bodmereibrief: vgl. §§ 682, 683.

7. Transportversicherungspolice: vgl. § 784.

**§ 364.** Zum Übergange des Rechtes aus dem indossablen Papiere (hier Konnossement) ist außer der Tatsache des Besitzes und dem Indossament noch ein Begebungsvertrag erforderlich. **RG.** HansGerZ. **00** Hptbl. 109, JW. **00** 255.

**§ 365.** Das Indossament überträgt hier nur Rechte an den Indossatar. Verpflichtungen für den Indossanten entstehen nicht. RG. HansGerZ. **01** Hptbl. 229 (übereinstimmend Staub Anm. 13 zu § 365 und Anm. 27 zu § 363).

Literatur: Fuld, Zum Mobiliarerwerbe nach bürgerlichem und nach Handelsrecht. AzivPr. **89** 402. Vgl. JDR. **1** § 935 BGB. Ziff. 1. — Teutsch, § 1404 BGB. und sein Verhältnis zu den Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Erwerbes, insbesondere zu § 366 HGB. JW. **02** 383, vgl. JDR. **1** zu § 1404 BGB. Ziff. 3.

**§ 366.** 1. Bei Veräußerung des ganzen Geschäfts durch den Kaufmann ist, weil sie nicht Handelsgeschäft ist, § 366 nicht anwendbar. OLG. **6** 118 (Hamburg).

2. Verkauft der Miteigentümer einer Warenmenge eigenmächtig seine unausgeschiedene Hälfte mit dem Rechte, sie sich nach Belieben auszuwählen, an einen Dritten, so erwirbt dieser durch solche Auswahl Eigentum, wenn er nur zur Zeit der Ausscheidung in dem guten Glauben ist (§§ 929 ff., 934, 932 ² BGB.), dem Verkäufer sei eine solche Befugnis eingeräumt. OLG. Karlsruhe, DJZ. **03** 252.

3. Wer, wenn ihm Wertpapiere ohne Talons und Koupons zum Pfand angeboten werden, nicht die Verfügungsbefugnis des Besitzers prüft, verstößt besonders schwer gegen die im Verkehr übliche Sorgfalt und kann sich auf guten Glauben nicht berufen. OLG. Naumburg, R. **01** 284.

4. Abs. 3. Bei den bezeichneten gesetzlichen Pfandrechten ist es für den Schutz des guten Glaubens bedeutungslos, ob der Schuldner Kaufmann ist oder nicht. (Denkschr. zu § 358.) OLG. **6** 97 (Kiel).

5. Nachfolgender böser Glaube schadet nicht. OLG. **6** 97 (Kiel).

**§ 367.** Ein Bankier, der die Aufführung gestohlener Wertpapiere in einem Steckbrief oder in dem schwer übersichtlichen Nachtrag einer Fachzeitschrift übersieht, handelt nicht fahrlässig. OLG. München, SeuffA. **55** Nr. 89.

**§ 369.** 1. Das Zurückbehaltungsrecht steht auch dem Handlungsagenten zu, weil er Kaufmann ist. OLG. **6** 350 (Colmar). Vgl Staub Anm. 4 zu § 369.

2. Der Geschäftsführer einer Zweigniederlassung, der für richtige Geschäftsführung und Rückgabe des Warenlagers Sicherheit geleistet hat, hat das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht; dies schützt ihn aber nicht gegen dingliche Rechte Dritter am Warenlager, die vor Fälligkeit seines Anspruchs auf Rückgabe der Sicherheit erworben wurden. (Denkschr. 190, 191 zu §§ 361 ff., Dernburg, Bürg. Recht III § 282, Cosack, Lehrbuch (5) § 30, Lehmann-Ring Anm. 2 zu § 369.) BayrObLG., R. **03** 531 (vgl. Staub Anm. 32—38 zu § 369).

3. a) Zur Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts ist in der Regel eine besondere Vereinbarung erforderlich. RG. JW. **00** 756, vgl. Staub Anm. 40, 41 zu § 369.

b) Der Besitz anderer Sicherheiten genügt dazu noch nicht. OLG. **6** 88 (Hamburg).

4. Ob der Gläubiger an Waren des Gemeinschuldners, die nach der Konkurseröffnung in seinen Besitz übergegangen sind, das Zurückbehaltungsrecht ausüben kann, hängt davon ab, ob die Waren mit oder ohne den Willen des Konkursverwalters (nicht des Gemeinschuldners) an ihn gelangt sind. RG. R. **02** 24.

5. Blankoakzepte, die ein Kaufmann von Kunden erhalten hat und die er auszufüllen und zu girieren berechtigt ist, können zurückbehalten werden. Dies gilt auch gegenüber der Konkursmasse, z. B. wenn der Kaufmann ein derartiges Blankoakzept, ohne es mit seiner Aussteller-Unterschrift oder seinem Giro zu versehen, einem anderen Kaufmanne verpfändet hat, das Pfandrecht aber mangels des Giros gemäß § 1292 BGB. unwirksam ist. RG. R. **02** 155.

# Zweiter Abschnitt.
## Handelskauf.

Vorbemerkung: Die Bestimmungen dieses Abschnitts haben in ganz besonderem Maße eine Fortbildung durch die Rechtsprechung (namentlich in Anwendung von §§ 346, 347) erfahren; trotzdem sind auch hier noch manche Streitfragen offen geblieben. Es sei in dieser Beziehung nur verwiesen auf die Erläuterungen V zu § 373, V 3 und VI 1 zu § 377, I 2 und II 1 zu § 378, 1 und 2 zu § 381. Von den im Literaturverzeichnis erwähnten, hier noch nicht benutzten Schriften wird Bericht im nächsten Jahrgange voraussichtlich nachgebracht werden.

Literatur: Frankenburger, Zur Lehre vom Kaufvertrage nach bürgerlichem und Handelsrechte, SeuffBl. 65 409. — Leo, Der Selbsthilfeverkauf nach neuem Rechte, HansGerZ. 00 Nr. 2. — Sohm, Martin, Der Selbsthilfeverkauf nach BGB. und HGB., Goldschmidts Z. 53 79 (vgl. JDR. 2 zu §§ 383f.). — Heilbron, Kursmäkler als Versteigerer, BankA. 2 189, vgl. vor § 377 u. § 378.

**§§ 373, 374.** Vgl. die Entscheidungen zu § 326 BGB., vgl. auch zu § 383 BGB.

**§ 373.** I. Allgemeines.

a) Verhältnis von Selbsthilfeverkauf zur Hinterlegung:

Im HGB. stehen Selbsthilfeverkauf und Hinterlegung als gleichberechtigte Rechtsinstitute nebeneinander.

Auch in seiner Einwirkung auf den zugrunde liegenden Handelskauf ist der Selbsthilfeverkauf des HGB. von einer Vermittelung der Hinterlegung unabhängig. Martin Sohm, Goldschmidts Z. 53 83 § 3.

b) Berechtigte Person:

der Verkäufer, d. h. der Warenschuldner aus dem Kaufe. Sobald die Übergabe nicht mehr aus dem Kaufe geschuldet wird (z. B. wenn sie durch constit. possessorium bereits erfolgt ist) bleibt nur Raum für den Selbsthilfeverkauf nach BGB., d. h. nur bezügl. nicht hinterlegbarer Waren.

Beim Tausche sind beide Teile, beim Werklieferungsvertrage der Unternehmer zum Selbsthilfeverkaufe berechtigt; ferner Kommissionäre, Spediteure, Lagerhalter, Frachtführer. Martin Sohm a. a. O. 123 § 19.

c) Gegenstand:

Waren und Wertpapiere ohne Rücksicht auf ihre Hinterlegbarkeit.

Eigentumsrechte Dritter kommen beim Selbsthilfeverkaufe auf Grund des Handelskaufs nicht in Frage, wohl aber beim Selbsthilfeverkauf des Spediteurs, Lagerhalters und Frachtführers; vgl. unten bei § 437. Martin Sohm a. a. O. 127 ff. §§ 21, 22.

d) Die Wirkungen des Selbsthilfeverkaufs auf den zugrunde liegenden Handelskauf sind selbständige, von einer Vermittelung der Hinterlegung unabhängige (anders bei BGB. § 383). Der Vollzug des rechtmäßigen handelsrechtlichen Selbsthilfeverkaufs bewirkt eine Umwandlung der Sachschuld des Verkäufers in eine Geldschuld ohne Hinterlegungspflicht; daher Aufrechnung gegen den Kaufpreis zulässig. Martin Sohm a. a. O. 131 ff. §§ 23—26.

II. Verzug.

1 Der Verkäufer muß die Ware so andienen, daß der Käufer sie ordnungsmäßig besichtigen kann, sonst gerät dieser durch Annahmeverweigerung nicht in Verzug. OLG. Hamburg, HansGerZ. 02 Hptbl. 248; **RG.** HansGerZ. 03 Hptbl. 120.

2. Auch wenn der Käufer schon nach Eingang der Faktura seine Weigerung, die Waren anzunehmen, erklärt, ist der Verkäufer dadurch nicht der Anbietung überhoben. Die mehrfachen Entscheidungen des Reichsgerichts dahin,

daß, falls ein Vertragsteil bestimmt erklärt, nicht erfüllen zu wollen, es der weiteren Mahnung behufs Inverzugsetzung nicht bedarf, beziehen sich nur auf den Schuldnerverzug, nicht auf den Gläubigerverzug. **RG. 50** 208, JW. **02** Beil. 198, R. **02** 270.

3. a) In der Zurücknahme der Gattungsware zwecks Geltendmachung der Rechte aus § 373 HGB. liegt kein Verzicht auf ihre Verwendung als Vertragsleistung. **RG.** JW. **01** 407.

b) Die Zurücknahme der Gattungsware hebt den Verzug des Käufers nicht auf. **RG.** JW. **03** 344.

4. Der Verkäufer ist nicht zum Selbsthilfeverkaufe berechtigt, wenn der Käufer die nach Ankunft auf Lager genommene Ware wegen vertragswidriger Beschaffenheit zur Verfügung gestellt hat; denn hier liegt ein Annahmeverzug im Sinne des § 373 nicht vor. **RG.** JW. **00** 311.

III. Selbsthilfeverkauf.

1. a) Der Verkäufer ist nicht zur Vornahme des Selbsthilfeverkaufs in den Formen des § 373 HGB. genötigt. **RG. 53** 11, OLG. **2** 33 (Posen).

b) Der Selbsthilfeverkauf ist nicht Vorbedingung für die Erhaltung der Rechte des Verkäufers, sondern für ihn nur ein Mittel, sich von der Aufbewahrungspflicht zu befreien. **RG.** JW. **02** 220, R. **02** 270, Egers eisenb. E. u. A., **19** 30; **RG. 45** 300, JW. **00** 314, R. **00** 467, auch LG. Mosbach, Bad Rpr. **01** 151.

2. a) Der Verkäufer kann, sofern er nicht arglistig handelt, den Zeitpunkt für den Selbsthilfeverkauf nach freiem Ermessen bestimmen. OLG. Hamburg, HansGerZ. **00** Hptbl. 151, **RG.** SächsA. **11** 227.

b) Nur darf er die Versteigerung nicht ungewöhnlich lange hinausschieben, OLG. Karlsruhe, BadRpr. **02** 158.

c) Abweichend.

**RG.** JW. **03** 183. Der Verkäufer kann sogar noch, nachdem er Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung erhoben und dabei den Schaden fälschlich abstrakt berechnet hatte, nachträglich zum Selbsthilfeverkauf schreiten.

3. Die Unmöglichkeit der Beobachtung der Vorschriften des § 373 Abs. 2 hat zur Folge, daß ein Selbsthilfeverkauf ausgeschlossen ist. **RG.** JW. **03** 184.

4. Der Selbsthilfeverkauf wegen Zahlungsverzugs ist im Gegensatze zu Art. 354 HGB. nach neuem Rechte (§ 326 BGB.) an keine Form mehr gebunden. Dagegen ist derjenige Selbsthilfeverkauf, den der Verkäufer beim Annahmeverzuge des Käufers vornimmt, an die Formvorschrift des § 373 HGB. gebunden. LG. Mosbach, BadRpr. **01** 151.

5. a) Ein Rechtssatz, der den Ort für den Selbsthilfeverkauf strikt vorschreibt, existiert nicht; regelmäßig hat der Verkauf aber an dem Orte, wo die Ware sich zur Zeit des erklärten Annahmeverzugs befindet, zu erfolgen. **RG.** JW. **01** 617, R. **01** 472; **RG.** JW. **01** 756.

b) Es sei denn, daß die Weiterversendung die Erzielung eines besseren Preises ermöglicht. OLG. **3** 81 (Hamburg).

c) Abweichend.

**RG.** JW. **01** 617, R. **01** 472. Zahlreiche Umstände verschiedenster Art können die Wahl eines anderen Ortes als desjenigen, wo die Ware sich gerade befindet, als geboten oder doch als zulässig erscheinen lassen.

6. Auch dann, wenn der Käufer vor Absendung der Ware vom Vertrage zurücktritt, kann der Verkäufer — sofern dem Käufer keine Mehrkosten entstehen und er nicht auf dessen Kosten spekuliert — die Ware zwecks Realoblation absenden und den Selbsthilfeverkauf bis zu ihrer Ankunft am Bestimmungsort aufschieben. **RG.** JW. **01** 756.

7. Wo sich die Traditionspapiere (z. B. die Konnossemente) befinden, ist für den Ort des Selbsthilfeverkaufs nicht maßgebend. OLG. **3** 81 (Hamburg), **RG.** JW. **01** 654.

8. Ein am unrichtigen Orte ausgeführter Selbsthilfeverkauf ist nicht zu Lasten des säumigen Käufers. OLG. **3** 81 (Hamburg).

IV. Förmlichkeiten (vgl. oben II 3 u. 4).

1. Die Vorschriften des § 373 HGB. und des § 383 BGB. über die Förmlichkeiten des Selbsthilfeverkaufs sind nicht zwingendes, sondern nachgiebiges Recht. **RG.** JW. **03** Beil. 6. A. A. **RG.** JW. **02** 220, R. **02** 270, Egers eisenb. E. u. A. **19** 30, vgl. unten Nr. IV 2a.

2. Die Frage, wann der Selbsthilfeverkauf ordnungsmäßig ist, muß nach dem Grundsatze locus regit actum entschieden werden. **RG.** JW. **03** 184. Vgl. unter Nr. VI.

V. Organe.

1. Welche Personen — außer den Gerichtsvollziehern (§ 383 BGB.) — zur öffentlichen Versteigerung befugt sind, ergibt weder HGB. noch BGB. In Preußen sind es nach dem 1. Januar 1900 Kursmäkler nicht mehr und die Handelsmäkler bedürfen einer neuen Ermächtigung gemäß Art. 13 AGzBGB. Lehmann-Ring Anm. 22 zu § 375. A. A. — ohne Begründung — Staub Anm. 26 zu § 375; OLG. **6** 89 (KG.), Holdheims MSchr. **12** 78; übereinstimmend bezügl. Handelsmäkler OLG. Stettin, R. **03** 161, PosMschr. **03** 175.

2. a) Ein durch die Bahnverwaltung, wenn auch öffentlich vorgenommener Verkauf ist kein ordnungsmäßiger Selbsthilfeverkauf im Sinne von § 373 HGB. **RG.** JW. **02** 220, R. **02** 270, Egers eisenb. E. u. A. **19** 30. Vgl. oben III 1 und Nr. 1 zu § 379.

b) Abweichend: **RG.** JW. **03** Beil. 6, vgl. auch OLG. **4** 30 (Posen), R. **02** 99. Ein im Kohlenhandel angeblich entstandener Handelsgebrauch, daß der im Annahmeverzuge befindliche Käufer die von der Eisenbahnverwaltung auf Grund der Verkehrsordnung (§ 70) bewirkte Versteigerung gegen sich gelten lassen müsse, verstößt nicht gegen § 373 HGB.

VI. Bekanntmachung.

1. Die öffentliche Bekanntmachung des Versteigerungstermins muß so zeitig erfolgen, daß durch sie ein angemessener Kreis von Kauflustigen aufmerksam gemacht und herangezogen werden kann. Eine Bekanntmachung am Tage vor dem Termin ist bei größeren Objekten nicht rechtzeitig. OLG. Posen, PosMschr. **00** 115, R. **00** 377.

2. Waren bei Bekanntmachung der Versteigerung in zwei Zeitungen verschiedene Termine angegeben, und erfolgt die Versteigerung an einem dieser Termine, trotzdem bei ordnungsmäßiger Bekanntgabe das Erscheinen zahlreicher Kauflustiger zu erwarten gewesen wäre, so braucht der Käufer den Selbsthilfeverkauf, weil er der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht entspricht, nicht gegen sich gelten zu lassen. **RG.** JW. **01** 10, SächsA. **11** 226.

3. Der Selbsthilfeverkauf ist auch dann ordnungsmäßig, wenn die Fabrikantin selbst das Quantum Ware ohne Hinweis darauf, daß es sich um eine irgendwo sonst infolge besonderer Verhältnisse lagernde Partie handle, zur Versteigerung brachte; aus dem Mangel eines solchen Hinweises ging hervor, daß sich die Versteigerung auf die in der Fabrik der Verkäuferin befindliche Ware, die aus dem dortigen Vorrat erst auszuscheiden war, bezog. Daher handelte es sich um einen nach dem Lagerungsorte genügend individualisierten und auch besehbaren Vorrat. OLG. **6** 469 (Hamburg).

VII. Öffentlichkeit.

Unter dem öffentlichen Verkaufe des § 373 ist der Verkauf in den

Formen zu verstehen, wie solche für öffentliche Versteigerungen nach den geltenden Rechtsgrundsätzen vorgeschrieben oder, sofern es an solchen fehlt, ortsüblich sind. (ROHG. **16** 93, **20** 23, **RG. 1** 270). Allerdings würde ein Ortsgebrauch keine Geltung haben, sofern er den Vorschriften des HGB. über den Selbsthilfeverkauf widerspräche, insbesondere die Öffentlichkeit des Verkaufs unterbinden wollte.

Es genügt eine Öffentlichkeit, die sich auf die gewerblichen Händler der betreffenden Ware am Orte beschränkt — selbst wenn die Parteien nicht zugelassen werden und sich durch solche Händler vertreten lassen müssen. OLG. **7** 387 (Dresden).

VIII. Objekt.

Soll Ware, über die Dispositionspapiere (Konnossemente usw.) ausgestellt sind, im Wege des Selbsthilfeverkaufs versteigert werden, so können an Stelle der Ware die Dispositionspapiere zur Versteigerung gebracht werden. Ein für gewisse Arten von Käufen verpflichtender Handelsgebrauch verstößt nicht gegen § 373. **RG.** JW. **01** 227 und JW. **01** 654. Vgl. oben II 7.

IX. Formfehler.

1. Ist die Ware nicht öffentlich versteigert, sondern freihändig verkauft worden, so kann der Käufer sich auf Formmängel nicht berufen, wenn der freihändige Verkauf in seinem Interesse erfolgte. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **01** 175.

2. a) Auch wenn die Vorschriften des § 373 nicht beobachtet sind, ist doch mit Rücksicht auf einen etwa nach bürgerlichem Rechte gegebenen Schadensersatzanspruch zu prüfen, ob nicht das Ergebnis des unter Außerachtlassung einzelner gesetzlicher Vorschriften vollzogenen Selbsthilfeverkaufs eine taugliche Grundlage für die Schätzung der dem Verkäufer entstandenen Schäden abgibt. **RG. 11** 198, Staub, Exkurs zu § 374 Anm. 28, OLG. Dresden, SächsA. **13** 378.

b) Der Verkäufer, der bei Zahlungsverzug des Käufers den Selbsthilfeverkauf nicht in ordnungsmäßiger Form vornimmt, ist nicht mit seiner Klage auf Schadensersatz abzuweisen, da er diesen nach § 326 BGB. in jeder beliebigen Weise geltend machen kann. Es würde nur auf die Berechnung des Schadens von Einfluß sein, wenn bei sachgemäßem Verkaufe der Preisunterschied geringer gewesen wäre. OLG. Posen, PosMschr. **01** 165, R. **02** 19.

3. a) Der Selbsthilfeverkauf darf nicht unter Bedingungen, die von dem Kaufvertrage abweichen, erfolgen. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 148, JW. **02** 545, R **02** 587, DJZ. **02** 557; ebenso **RG.** JW. **00** 665, **01** 227 und OLG. **3** 281 (Karlsruhe).

b) Insbesondere widerspricht die Versteigerungsbedingung „ohne irgendwelche Garantie" den Absichten des Gesetzgebers, der auch die Interessen des säumigen Käufers schützt. Dem Verkäufer liegt nach § 360 HGB. eine gesetzliche Garantiepflicht für mittlere Art und Güte der Gattungsware ob. Wollte man bei der Versteigerung oder konnte man keine Garantie übernehmen, so war der vom Gesetz in erster Linie eröffnete Ausweg, die Hinterlegung der Ware, zu wählen. OLG. Darmstadt, DJZ. **03** 408, R. **02** 487, HessRspr. **3** 73. Vgl. auch OLG. Darmstadt, Puchelts Z. **32** 164.

**§ 375.** 1. Die Vorschrift des § 375 Abs. 2, wonach bei Verzug des Käufers in der Spezifikation die an seiner Stelle vom Verkäufer getroffene Bestimmung maßgebend sein soll, ist lediglich dispositiver Natur. **RG.** R. **03** 582.

2. Ein vor dem 1. Januar 1900 geschlossener Spezifikationskauf ist auch in Ansehung der Spezifikation und des Spezifikationsverzugs nach altem Rechte zu beurteilen. **RG. 52** 262, JW. **01** Beil. 275 und JW. **02** 185; ebenso OLG. Hamm, R. **02** 593, OLG. Darmstadt, R. **02** 103, HessRspr. **2** 153, Puchelts Z. **33** 38. Entgegengesetzt LG. Darmstadt, HessRsp **1** 60 und OLG. Karlsruhe, R. **02** 131, Puchelts Z. **34** 365 und BadRpr. **02** 267.

3. Ein Klagerecht auf Vornahme der Spezifikation hat der Verkäufer nicht. OLG. **4** 224 (Dresden), R **02** 79. A. A. Staub § 375 Anm. 5.

4. Erklärt der Verkäufer bei Setzung der Nachfrist zur Spezifikation, in welcher Weise er für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs das Wahlrecht ausüben werde, so ist er, wenn die Frist verstreicht, an diese seine Wahl gebunden. OLG. **3** 183 (Breslau).

5. Befindet sich der Käufer im Verzuge mit der Abnahme und der Zahlung, so sind die Rechtswirkungen des Verzugs in beiden Fällen verschiedene und voneinander unabhängig. Die Verzugszinsen laufen daher von dem Zeitpunkt, in dem die Zahlung vertragsmäßig erfolgen mußte, auch dann, wenn der Verkäufer bei dem Vertrage stehen bleibt, nach § 375 Abs. 2 die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse herbeiführt und demnächst die Abnahme erzwingt. OLG. Stettin, PosMschr. **03** 149.

**§ 376.** Vgl. § 361 BGB. und bezüglich Differenzgeschäft vgl. BGB. §§ 762ff.

1. § 376 erfordert eine Vereinbarung dahin, daß die pünktliche Einhaltung der für die Leistung gesetzten Zeit oder Frist ein wesentlicher Bestandteil der Leistung sein soll. **RG.** Gruchots Beitr. **46** 902, JW. **02** Beil. 247, DJZ. **02** 393.

2. Ist bei einem Vertrag über im Ausland (England) abzuladende Waren die Bestimmung, daß innerhalb einer vereinbarten Frist geliefert werden sollte, dahin auszulegen, daß die Frist streng eingehalten werden muß und daß spätere Abladung nicht mehr als Erfüllung seitens des Verkäufers gelten soll, dann sind die Bestimmungen über das Fixgeschäft (§ 376) analog anwendbar. OLG. Hamburg und **RG.** HansGerZ. **02** Hptbl. 21 u. 236, JW. **02** Beil. 234, R. **02** 298, Holdheims MSchr. **11** 211, ElsLothrJZ. **28** 98.

Literatur: Schönfeld, Besteht eine Rügepflicht bei einseitigen Handelskäufen? R. **02** 504. — Derselbe: Über die Mängelanzeige im beiderseitigen Handelsverkehre R. **03** 288. — Stübel: Die Mängelanzeige im Handelsverkehre. SächsA. **10** 405—456.

**§ 377.** I. Geltungsbereich.

1. Bei Statutenkollision gilt § 377 für den Käufer, dessen Erfüllungsort in Deutschland liegt, auch dann, wenn er Schadensersatz wegen mangelhafter Lieferung fordert. OLG. **6** 355 (Hamburg) und SeuffA. **58** 413 (vgl. ebenda **55** Nr. 61).

2. a) § 377 gilt nur für beiderseitige Handelsgeschäfte; eine analoge Anwendung auf einseitige Handelsgeschäfte ist selbst dann unzulässig, wenn der Empfänger der Ware Kaufmann ist. Staub, DJZ. **02** 24, vgl. Schönfeld, R. **02** 504, Stübel, SächsA. **10** 410.

b) Bei einseitigen Handelsgeschäften liegt eine Pflicht zur alsbaldigen Mängelanzeige nur dann vor, wenn dies aus dem Vertrage zu folgern ist oder eine entsprechende Verkehrssitte besteht. **RG.** PosMschr. **01** 201 und JW. **01** 848, R. **01** 596. LG. Magdeburg, NaumbAK. **03** 27.

c) Einseitige Handelskäufe unterliegen überhaupt nicht dem § 377 HGB., sondern dem BGB., das (abgesehen von der Sondervorschrift des § 485 für den Viehkauf) eine Untersuchungs- und Rügepflicht nicht kennt. OLG. **6** 90 (Hamburg), DJZ. **03** 83 (KG.).

3. §§ 377, 378 sind auch anzuwenden, wenn der eine Kontrahent nur Handwerker, nicht Vollkaufmann ist. OLG. Dresden, SächsA. **11** 513 und **12** 66.

4. § 377 ist auch anzuwenden bei dem einen bedingten Kaufvertrag darstellenden Möbelleihvertrag. OLG. Posen, SeuffA. **56** 284.

5. Anzuzeigen sind auch Mängel zugesicherter Eigenschaften (vgl.

Staub Anm. 152). LG. Berlin I, R. **00** 495; ebenso OLG. Karlsruhe, R. **03** 103 und BadRpr. **03** 18.

6. Die Rügepflicht besteht ferner nicht nur hinsichtlich der Ware, sondern auch hinsichtlich ihrer Verpackung. OLG. **8** 98 (Hamburg).

7. Die Vorschrift des § 377 über die Untersuchungs- und Rügepflicht ist insofern dispositiver Natur, als die Fristen durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung verlängert werden können (vgl. Staub Anm. 30). **RG.** ElsLothrJZ. **27** 311 und ZAktWes. **9** 237; ebenso OLG. Braunschweig, BraunschZ. **49** 159.

8. Selbst wenn in einem gewissen Handelszweig eine allgemeine Übung besteht, daß die gelieferte Ware nicht sofort untersucht wird, so wird dadurch der Empfänger der Ware nicht von der Verpflichtung des § 377 HGB. befreit. OLG. Frankfurt, R. **03** 296, OLG. Karlsruhe, BadRpr. **01** 305.

9. Die Voraussetzungen der Mängelrüge sind von Amts wegen zu prüfen. OLG. Karlsruhe, R. **03** 103, BadRpr. **03** 18.

II. Ablieferung.

1. „Ablieferung" ist der Akt, durch den die Ware vom Verkäufer aus seiner Verfügungsgewalt entlassen und dem Käufer die tatsächliche Möglichkeit gegeben wird, über sie zu verfügen und sie zu untersuchen. OLG. Darmstadt, HessRspr. **1** 33; **RG.** JW. **03** 244 (vgl. Stübel, SächsA. **10** 417).

2. a) Die Ablieferung ist noch nicht erfolgt mit Übersendung des Lieferscheins, wenn dieser abgelehnt wird. OLG. Hamburg, R. **02** 376 und HansGerZ. **02** Hptbl. 78.

b) Nicht die Übergabe des Frachtbriefs, sondern erst die Abladung am Ende des Transports schließt die Ablieferung in sich. OLG. Darmstadt, R. **03** 161 und HessRspr. **3** 154.

c) Auch mit der Aushändigung der Postpaketadresse hat die Ablieferung der Ware nicht stattgefunden, denn solange der Adressat einer Postsendung sich nicht zu deren Abnahme bereit erklärt hat, übt die Post den Gewahrsam an der Sendung nicht für ihn, sondern für den Absender aus. OLG. **6** 91 (Hamburg).

d) Dagegen kann der Übersendung eines Ausfallmusters an den Käufer die Bedeutung der Ablieferung zukommen. **RG.** JW. **02** Beil. 279.

3. a) Der Käufer kann beanspruchen, daß ihm die Ware so angedient wird, daß sie ordentlich besichtigt werden kann. **RG.** HansGerZ. **03** Hptbl. 119.

b) Zur Ermöglichung einer solchen Prüfung ist bei Maschinen ihre Montierung und Aufstellung erforderlich. **RG.** JW. **03** 244.

4. Ablieferung (§ 377) und Annahme (§ 373) sind dann nicht identisch, wenn der Käufer die Ware nur unter Vorbehalten (Bedingungen) übernommen hat und auf Grund oder doch aus Anlaß dieser Vorbehalte die Ware wieder an den Verkäufer gelangt ist. **RG.** JW. **02** 425, R. **02** 617 und ElsLothrJZ. **28** 298.

III. Untersuchung.

1. Die Untersuchung hat durch einen mit besonderen Fachkenntnissen ausgestatteten Sachverständigen zu erfolgen, wenn eine derartige Untersuchung zum „ordnungsmäßigen Geschäftsgange" gehört, d. h. wenn sie in dem betreffenden Geschäftszweig überhaupt oder doch bei Waren der betreffenden Art üblich ist. **RG.** JW. **01** 424, R. **01** 390, SächsA. **11** 460, HansGerZ. **01** Hptbl. 198.

2. Die Anforderungen, die man an die vom Gesetze dem Käufer zur Pflicht gemachte Untersuchung stellen darf, sind verschieden, und die Bedürfnisse des geschäftlichen Verkehrs erheischen oft, daß Stichproben genügen müssen.

Als offensichtliche Mängel erscheinen rechtlich in diesen Fällen solche, die nach den Erfahrungen des praktischen Lebens auch bei einer nur durch Stichproben vorgenommenen Untersuchung nicht wohl unentdeckt bleiben können. Die Gefahr, daß im einzelnen Falle doch einmal eine selbst sorgfältige Prüfung durch Stichproben zufällig zu einer Entdeckung des Mangels nicht führt, trifft den Käufer. OLG. Hamburg, HansGerZ. 03 Hptbl. 219.

3. Wenn der Käufer die Übersendung von Ausfallmustern verlangt hat, so bedeutet das nicht, daß er an ihnen die ihm obliegende Untersuchung vornehmen wollte. Mit der Genehmigung dieser Muster hat der Käufer sonach noch nicht die Ware genehmigt. OLG. Hamburg, HansGerZ. 02 Hptbl. 86.

4. a) Die Fakturenklausel: „Reklamationen werden nur innerhalb 8 Tagen nach Empfang der Ware berücksichtigt" ist für den Käufer nicht bindend. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. 28 490; übereinstimmend, wenn dadurch die Frist verkürzt werden soll, Staub Anm. 20 zu § 377.

b) Dem Käufer wird dadurch auch nicht gestattet, statt sofort, erst binnen 8 Tagen zu rügen. OLG. 1 247 (Hamburg) und DJZ. 01 192, auch HansGerZ. 00 Hptbl. 152. Abweichend: OLG. Dresden, SeuffA. 56 59.

5. Ist auch vertragsmäßig die Untersuchungspflicht hinausgeschoben, so muß der Empfänger gleichwohl, wenn er sich einmal mit der Untersuchung befaßt, sie ohne Verzug zu Ende führen und Beanstandung ohne Säumen geltend machen. OLG. 6 92 (Celle).

6. Eine stillschweigende Vereinbarung der Parteien dahin, daß die Untersuchung der Ware statt am Ablieferungsort am Bestimmungsorte zu erfolgen habe, kann aus den Umständen insbesondere auch unter Berücksichtigung des fehlenden Interesses des Verkäufers an der Untersuchung am Ablieferungsorte gefolgert werden. RG. HansGerZ. 03 Hptbl. 35. Übereinstimmend RG. ElsLothr. JZ. 28 311 und OLG. Darmstadt, HessRspr. 1 33. Ferner OLG. Karlsruhe BadRpr. 01 209.

7. Wird eine zum Weiterverkaufe bestimmte Ware in Ballen, die mit eisernen Reifen umschlossen sind, versandt und ist deshalb eine Untersuchung durch den ersten Käufer untunlich, dann ist anzunehmen, daß die Parteien eine Verlängerung der Anzeigefrist gewollt haben. OLG. Colmar, Els. LothrJZ. 27 490.

8. Sind Gegenstände zwecks Einfügung in eine maschinelle Anlage unter einjähriger Garantie verkauft, so ist der Käufer zu einer Mängelanzeige erst dann verpflichtet, wenn ausreichender Grund zur Annahme eines ursächlichen Zusammenhanges zwischen den Schäden der Anlage und einer ursprünglichen Mangelhaftigkeit der Gegenstände vorhanden ist. OLG. 2 248 (Hamburg).

9. Die Klausel „als Ort der Ablieferung gilt der überseeische Bestimmungsort" hat nur die Bedeutung, daß die Untersuchung auf Mängel auch dort noch vorgenommen werden kann. OLG. 6 355 (Hamburg).

10. Ist im Kaufvertrage bestimmt, daß die Ware erst am überseeischen Bestimmungsorte vom Empfänger geprüft werden und der Verkäufer „bis nach Eintreffen der Berichte über den Ausfall einer jeden Sendung" dem hiesigen Käufer für Mängel haften soll, so hat der hiesige Käufer nachzuweisen, daß die Ware drüben sofort untersucht und gerügt ist. OLG. 7 2 (Hamburg), HansGerZ. 03 Hptbl. 164.

11. a) Die Lieferung seemäßig verpackter Ware an einen Hafenort berechtigt ohne weiteres den Käufer noch nicht, mit der Untersuchung der Ware bis zu ihrer Ankunft am überseeischen Bestimmungsorte zu warten.

b) Eine Usance, der zufolge der Hamburger Exportkommissionär die

gekaufte Ware nicht am Orte der Ablieferung, sondern erst an dem ausländischen Bestimmungsorte zu untersuchen hätte, besteht nicht; mangels ausdrücklicher Vereinbarung darf er die Untersuchung so lange nur dann verschieben, wenn dies sich aus den Umständen des Falles, insbesondere den Modalitäten der Verpackung und Versendung, als zweifellos von beiden Kontrahenten beabsichtigt ergibt. OLG. **7** 388 (Hamburg), HansGerZ. **03** Hptbl. 224.

12. Der Käufer, der hier sofort die Ware untersucht und Mängel festgestellt hat, muß, selbst wenn vertragsgemäß die Untersuchung erst am überseeischen Bestimmungsorte zu erfolgen braucht, nach dem Grundsatze von Treu und Glauben dem Verkäufer Anzeige erstatten, falls nicht vereinbart worden ist, daß nur dem überseeischen Empfänger die Entscheidung zustehen soll. OLG. Hamburg, HansGerZ. **02** Hptbl. 24 und **00** Hptbl. 200.

13. Im Kaffeehandel jedoch erfolgt die Untersuchung an der Nachstichprobe, die bei dem Verkäufer aus der Ware entnommen wird. Überläßt der Käufer das Ziehen der Probe dem Verkäufer, so haftet ihm dieser dafür, daß sie auch wirklich der verkauften Ware entnommen ist. OLG. Hamburg, Hans. GerZ. **02** Hptbl. 229.

14. Einzelnes.

a) Im Schuhwarenhandel hat der Käufer die handelsguten Exemplare einer Sendung von den mangelhaften zu sondern und abzunehmen. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **01** 329.

b) Bei Kaufgeschäften über Drucksachen kann dem Käufer neben der Untersuchung der äußeren Beschaffenheit der Ware nicht auch noch die gleiche Untersuchung von ihrer inneren Beschaffenheit zugemutet werden. Textliche Unrichtigkeiten sind daher als bei der Untersuchung nicht erkennbare Mängel anzusehen. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 74.

c) Im Teppichhandel ist Nachmessen der vom Verkäufer angegebenen Größe nicht gebräuchlich. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **01** 211.

15. Der Umstand, daß eine gründliche Untersuchung Aufopferung von etwa 4 v. H. der Ware bedingt, befreit nicht von der Untersuchungspflicht. OLG. **7** 388 (Hamburg). Vgl. unten IV 2.

16. Zur Anwendung besonderer Beschleunigungsmittel bei der Untersuchung ist der Käufer nicht verpflichtet. **RG. 47** 20, JW. **00** 756, Holdheims MSchr. **9** 288.

IV. Mängelanzeige.

1. Schönfeld, R. **03** 288: Die Absendung der Anzeige setzt die Abwesenheit der zur Entgegennahme befugten Persönlichkeit voraus, sie erübrigt sich, wenn rechtzeitig unter Anwesenden gerügt wird. Die Wahl zwischen mehreren für die Absendung gangbaren Wegen steht dem Käufer zu, und es ist nicht ausgeschlossen, daß er sich zur Übermittelung des die Ware überbringenden Boten bedient. Die Betretung eines nicht zum Verkäufer führenden Weges gilt nicht als Absendung. Bei Benutzung des richtigen Weges für Übermittelung der Anzeige trifft die Gefahr der Ankunft den Verkäufer; der Käufer hat sich das Recht gewahrt, sofern die Absendung rechtzeitig erfolgt ist. Beruht die Nichtankunft auf dem an sich geeigneten Wege in einer Fehlerhaftigkeit der Absendung, so muß sich nicht nur der Käufer entschuldigen, sondern er muß noch dazu für die Erneuerung der Absendung sorgen, bei der sodann die Frage der Rechtzeitigkeit zu prüfen ist. Die Unverzüglichkeit der Anzeige bleibt nicht etwa infolge der Wiederholung schlechthin ausgeschlossen; sie wird sogar von der fehlerhaften Absendung ab berechnet, wenn sich der Käufer für den vorhandenen Fehler entschuldigt und rechtzeitig dessen Behebung bewirkt hat.

2. a) Nur die Mängelanzeige, nicht die Untersuchung ist gesetzliche Pflicht des Käufers. RG. JW. 00 756, Holdheims MSchr. 9 288; ebenso RG. JW. 02 425, R. 02 617 ElsLothrJZ. 28 298.

b) Die Rügepflicht des § 377 ist erst dann begründet, wenn sich bei der Untersuchung der Ware der Mangel ergeben hat, nicht schon dann, wenn er vermutet wird. RG. JW. 01 189. Entsprechend Sächs. OLG. 12 60.

Ist eine zeitraubende Untersuchung erforderlich, so ist der Käufer, selbst wenn er den Mangel ahnte, nicht schon vorher zur Anzeige verpflichtet. Sächs. OLG. 12 60. Vgl. oben III 15.

3. Die Anzeige von Mängeln ist nicht nur eine tatsächliche Mitteilung, sondern auch eine Willenserklärung des Käufers. Sie ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Die Anzeige eines Vertreters ohne Vertretungsmacht genügt daher nur, wenn die Voraussetzungen des § 180 Satz 2 BGB. vorliegen und außerdem ihre Genehmigung unverzüglich erfolgt. OLG. 6 224 (Dresden), R. 03 507, SächsA. 13 578, SeuffA. 58 238.

4. Der Form nach genügt jede Mängelanzeige, die geeignet ist, die Nachricht des Käufers, daß er die Ware bemängele, nach dem gewöhnlichen Gange der Dinge richtig an den Verkäufer gelangen zu lassen. RG. SeuffA. 55 303.

5. Die Bestimmung im § 377, daß die rechtzeitige Absendung der Mängelanzeige genügt (im Gegensatze zu § 130 BGB., wonach die Willenserklärung erst dann wirksam wird, wenn sie dem Empfänger zugeht), sollte zum Ausdrucke bringen, daß auch unter dem neuen Rechte, wie früher (Denkschrift zum HGB. 224) der Verkäufer die Gefahr der Ankunft der Mängelanzeige trage. OLG. 6 224 (Dresden).

6. Wird die Anzeige innerhalb der Frist erstattet, die für eine ordnungsmäßige Untersuchung erforderlich ist, so ist sie rechtzeitig, auch wenn der Käufer tatsächlich eine weniger Zeit beanspruchende, ausreichende Garantien aber nicht bietende Untersuchung vorgenommen hat. (Übereinstimmend Staub Anm. 28). RG. 47 20, JW. 00 756, Holdheims MSchr. 9 288.

7. Wenn der Käufer schon aus der Faktura ersieht, daß die Lieferung der Bestellung nicht entspricht, so ist für die Frage, ob in seinem Schweigen trotz rechtzeitiger Rüge nach Empfang der später eingehenden Ware nicht dennoch eine Genehmigung zu finden ist, sein gesamtes Verhalten nach den im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen und nach dem, was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gebieten, in Betracht zu ziehen. RG. JW. 02 134.

8. a) Die Mängelanzeige muß unverzüglich nach der auf die Ablieferung folgenden Zeit, die für eine ordnungsmäßige Untersuchung erforderlich ist, erfolgen. RG. JW. 02 425, R. 02 617 und ElsLothrJZ. 28 298.

b) Unter Umständen telegraphisch, z. B. wenn ein Brief zu lange unterwegs wäre. RG. SeuffA. 55 303.

9. Es ist lediglich die Anzeige der Mängel erforderlich; der Käufer braucht nicht noch besonders auszusprechen, daß er die Ware nicht genehmige. RG. 54 67.

10. Ordnungsmäßig ist aber nur die Mängelanzeige, durch die der Käufer selber dem Verkäufer gegenüber das Vorhandensein von Mängeln behauptet. Nicht genügt die Mitteilung seitens des Käufers, daß ein Dritter, dem er die Ware weiter verkauft hat, sie beanstande, sofern nicht aus dieser Mitteilung des ersten Käufers zu entnehmen ist, daß er selbst seinem Verkäufer gegenüber das Vorhandensein jener Mängel behauptet. RG. JW. 02 173, R. 02 155.

11. Die Mängel sind in der Anzeige genügend zu substantiieren und hin-

reichend genau zu bezeichnen. RG. JW. **00** 757; OLG. Karlsruhe, R. **03** 103, BadRpr. **03** 18.

12. Unrichtige Bezeichnung des vorhandenen Mangels macht die Anzeige nicht unwirksam. RG. **47** 12, JW. **00** 757.

13. Die allgemeine Bemängelung der Ware als „minderwertig", „ganz miserabel" oder „nicht probemäßig" genügt nicht. OLG. Rostock, R. **03** 486, MecklZ. **21** 202; RG. R. **03** 582; OLG. **6** 93 (Hamburg).

Eine solche allgemeine Bemängelung genügt aber dann, wenn sie vor Absendung oder sofort nach Eingang dem Verkäufer oder seinen Vertretern gegenüber mündlich näher erläutert worden ist. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **00** 226 und OLG. Hamburg, HansGerZ. **00** 296.

14. Im Schuhwarenhandel müssen die bemängelten Waren in der Anzeige ziffernmäßig angegeben sein. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **01** 329.

15. Auf die Wirksamkeit der Mängelanzeige ist der Zusatz, daß unter Umständen auf den Mangel kein Gewicht gelegt werden solle, ohne Einfluß. RG. SächsA. **10** 761.

V. Genehmigung.

1. Genehmigung ist nicht anzunehmen und demgemäß das Rügerecht nicht verwirkt, wenn der Mangel überhaupt nicht oder nur infolge einer solchen Untersuchung erkennbar ist, die dem Käufer seinem Verkäufer gegenüber nicht zuzumuten war. RG. JW. **01** 519.

2. a) Veräußert der Käufer eine Ware, die er zur Verfügung stellte, an seinen Abnehmer weiter, so ist nicht unter allen Umständen daraus eine nachträgliche Genehmigung der Ware seitens des Käufers zu folgern.

Das Vorhandensein dieser Genehmigung ist dann zu verneinen, wenn α. die Weitergabe der Ware durch den Käufer in Vollziehung eines von ihm bereits vor Besicht und Mängelrüge abgeschlossenen Verkaufs erfolgt. RG. JW. **01** 541;

oder β. die Ware von vornherein mit Wissen des Verkäufers zur Weiterveräußerung bestimmt war. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **27** 490.

b) Verschweigt der Käufer dem Verkäufer die Weiterveräußerung, dann muß an der schon unter dem früheren Rechte gewonnenen Auffassung festgehalten werden, daß nach Treu und Glauben im Verkehre der Käufer, welcher sich selbst durch einen Weiterverkauf mit der Dispositionsstellung in Widerspruch setzt, sich so behandeln lassen müsse, als habe er auf das Recht, die Empfangnahme der Ware abzulehnen, verzichtet und die Ware als eine von vornherein vertragsmäßig beschaffene übernommen. RG. **54** 80, JW. **03** 156, R. **03** 360.

3. a) Durch die Benutzung der zur Verfügung gestellten Ware (Maschine) geht an sich das Recht auf Wandelung nicht verloren. Eine gesetzliche Bestimmung, die das anordnete, enthält weder das HGB noch das BGB., auch besteht kein dahingehender Handelsbrauch. RG. **43** 64 ff.

b) Wenn der Käufer aber die Ware als seine eigene behandelt, dann verstößt er gegen Treu und Glauben und wird regelmäßig so anzusehen sein, als habe er auf das Recht zur Wandelung verzichtet. OLG. Marienwerder, PosMschr. **02** 71, SeuffA. **57** 363.

c) Abweichend. OLG. Breslau, R. **03** 550. Verzicht liegt nur dann vor, wenn aus der Benutzung der Sache der Wille des Käufers, sie trotz des Mangels als Erfüllung anzunehmen, deutlich erhellt.

4. Wenn der Käufer eine Ware, deren Zurverfügungstellung nach Mängelrüge der Verkäufer angenommen hat, ohne dessen Ermächtigung verarbeitet, so liegt hierin eine Annahme der Sendung als Erfüllung. Die vorausgehende Mängelanzeige behält nur die Bedeutung, daß der Käufer nicht gehindert wird,

trotz der Bearbeitung die Mängel zum Zwecke der Minderung geltend zu machen; jedoch muß er das Dasein der Mängel beweisen. OLG. Frankfurt, R. **03** 47. Übereinstimmend OLG. Dresden, R. **01** 465.

5. Die — ausdrückliche oder (infolge Unterlassung rechtzeitiger Mängelrüge) stillschweigende — Genehmigung beseitigt jeden aus der Mangelhaftigkeit der Ware herzuleitenden Anspruch, also auch den Schadensersatzanspruch; ausgenommen ist nur der Fall des Betrugs. RG. JW. **02** 28 R. **02** 79.

6. a) Aus dem Eintritt in Vergleichsverhandlungen folgt noch nichts dafür, daß der Verkäufer etwas von einem ihm aus § 377 erwachsenen Rechte aufgeben will. OLG. **6** 470 (Hamburg), HansGerZ. **03** Hptbl. 140.

b) Auch in der zweiten Instanz noch kann der Verkäufer sich auf die Verspätung der Mängelanzeige berufen. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **01** 209.

VI. Arglistiges Verschweigen (Abs. 5).

1. Im Falle arglistigen Verschweigens eines Mangels der Kaufsache durch den Verkäufer tritt bezüglich dieses Mangels überhaupt die Anzeigepflicht aus § 377 Abs. 1 bis 4 nicht ein; deshalb ist es nicht notwendig, daß durch das arglistige Verschweigen des Mangels der Käufer zum Unterlassen rechtzeitiger Anzeige bestimmt worden ist. Cosack, Lehrbuch § 39 Note 9d; Makower, HGB. (12) § 377 VI 2 1188. RG. HansGerZ. **03** Hptbl. 241, JW. **03** 116, DJZ. **03** 453.

Abweichend. Staub § 377 Note 131, Lehmann-Ring § 377 Note 74, Puchelt Art. 350 Note 2 und 3, OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hptbl. 219.

Der dolus des Verkäufers ist nur dann bedeutsam, wenn er auch wirklich zu einer Täuschung geführt hat.

2. Durch die Erklärung, daß „wie besehen" verkauft sei, ist die Rüge solcher Mängel ausgeschlossen, die bei der Besichtigung vor dem Kaufe hätten erkannt werden können. Der weitere Zusatz „frei von Eisen und fremden Metallen" erweitert die Verpflichtung des Verkäufers dahin, daß er trotz der Besichtigung für die Freiheit der Ware von Eisen und fremden Metallen einzustehen hat. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hptbl. 167.

3. Mängel, die bei ordnungsmäßiger Untersuchung sofort hätten entdeckt werden müssen, sind keine heimlichen. OLG. Colmar, ZAktWes. **9** 163.

Literatur: Schneider, Zwei Urteile (des OLG. Stettin) zu § 378 HGB., Goldschmidts Z. **54** 90.

**§ 378.** I. Lieferung einer anderen Menge.

1. Abweichend von dem früheren Rechte besteht bei beiderseitigen Handelskäufen auch hinsichtlich der Quantitätsmängel eine dem Käufer unter dem Präjudiz der Genehmigung obliegende Rügepflicht, sofern nicht die gelieferte Ware offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte. OLG. Colmar, R. **03** 582, RG. JW. **04** 9.

2. „Verschweigen des Rügerechts gibt dem Verkäufer, ohne Rücksicht auf etwaige Unvollkommenheiten, Mängel oder Lücken der eigenen Leistung, das Recht auf die Gegenleistung. Diese soll und muß im Falle des § 378 aber erst berechnet, mittels eines Preiseinheitssatzes aus der Menge der vom Verkäufer zu liefernden Ware gefunden werden." „Der Verkäufer befreit sich zwar seinerseits mit der nicht vertragsmäßigen Leistung, darf aber doch die Preissumme nach ihr nicht höher berechnen, als ihre wirkliche Menge ausmacht." Ohne die Vorschrift des § 378 HGB. „brauchte der Käufer weder Mehr- noch Minderlieferung anzunehmen". Schneider a. a. O. 92/93. Übereinstimmend Litthauer, HGB.; entgegengesetzt: „Unterläßt der Käufer, rechtzeitig zu rügen, so

gilt das Manko als genehmigt; er kann nicht einmal Preisminderung begehren." Lehmann-Ring II 174, OLG. Stettin, Schneider a. a. O. 91.

3. Ist mehr Ware geliefert als bedungen, dann ist der Käufer trotzdem zur Beachtung von § 377 verpflichtet, wenn die Ausscheidung und Abnahme der bestellten Menge so wenig umständlich ist, daß ihre Ablehnung gegen Treu und Glauben unter Kaufleuten verstoßen würde. OLG. Dresden, SächsA. **12** 505.

II. Lieferung einer anderen Ware als bedungen.

1. Obwohl § 378 HGB. für den Fall des Empfanges einer von der Bestellung gänzlich abweichenden Ware nicht wie § 377 Rügepflicht vorschreibt, folgt aus den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts (§ 242 BGB.), daß der Empfänger nach Treu und Glauben binnen angemessener Frist die Sachlage kundzugeben hat, auch dann, wenn der Verkäufer selber bei der Absendung der Ware sich in der Auswahl offensichtlich vergriff. Im Unterlassungsfalle wird der Käufer schadensersatzpflichtig. Schneider a. a. O. 96, 98.

2. a) Wenn der Verkäufer „Sommerweizen" verkaufte, so sicherte er eine bestimmte Eigenschaft der zu liefernden Ware zu, ohne daß es einer besonderen Garantieübernahme bedurfte. OLG. 8 67 (Rostock).

b) In der Bezeichnung des Musters als Sommerweizen im Angebot und im Bestätigungsschreiben liegt nur die Erklärung, daß nach Ansicht des Verkäufers der Weizen Sommerweizen sei, keineswegs aber die Zusicherung, daß der Weizen diese Eigenschaft auch wirklich habe. OLG. 8 68 (Posen).

c) Dem Käufer, der Sommerweizen bestellt, dem aber Winterweizen geliefert wird, steht die Einrede der Mängelrügeverjährung aus § 477 BGB. nicht entgegen. Sommerweizen und Winterweizen sind verschiedene Warengattungen ROHG. **24** 409; Bolze **3** Nr. 108, **5** Nr. 659. OLG. Marienwerder, PosMschr. **02** 175.

3. Im Handel mit Futterstoffen soll das Typenmuster lediglich ein Bild der äußeren Beschaffenheit der Ware geben, nicht aber für den Proteïn- und Fettgehalt maßgebend sein. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hptbl. 92.

4. Die Einlegung der Opposition macht Rententitel nicht zu Sachen anderer Gattung, sondern begründet nur den Mangel der Nicht-Börsengängigkeit. **RG.** JW. **01** 519 (vgl. auch JDR. **1** Ziff. 3 zu § 459 BGB.).

**§ 379.** 1. Der die Annahme der Ware weigernde Käufer hat beim Distanzkaufe für die abgelehnte Ware zu sorgen; dazu gehört auch, daß er die Ware nach Möglichkeit vor einer Versteigerung durch die Eisenbahnverwaltung zu den dabei üblichen Schleuderpreisen bewahren muß. **RG.** JW. **03** Beil. 6.

2. Selbst wenn die Voraussetzungen des § 379 Abs. 2 nicht gegeben sind, kann sich der Käufer auch gegen den Willen des Verkäufers zum Verkaufe der beanstandeten Ware gerichtlich ermächtigen lassen, falls nur die Voraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung des fraglichen Inhalts vorliegen. Staub Anm. 21 zu § 379. OLG. **1** 377 (Hamburg), HansGerZ. **00** Hptbl. 282; OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 141, R. **03** 459.

**§ 381.** Abs. 2. Vgl. hierzu BGB. § 651.

1. a) § 381 Abs. 2 erklärt nur die Bestimmungen des 2. Abschnitts im 3. Buche des HGB. für anwendbar; die übrigen Regeln über den zivilrechtlichen Kaufvertrag sind dadurch nicht eingeführt. DJZ. **03** 322 (KG.).

b) Insbesondere stempelt § 381 Abs. 2 keineswegs die Herstellung einer nicht vertretbaren Sache aus dem Stoffe des Werkmeisters zum Handelskaufe. OLG. Breslau, R. **02** 560. Vgl. auch Denkschrift 228.

2. Entgegengesetzt:

Staub, Exkurs vor § 373 Anm. 6 und § 381 Anm. 2: Da in diesem

Falle in allen Beziehungen ein Handelskauf vorliegt, gelten nicht nur die im HGB. über den Handelskauf enthaltenen, sondern überhaupt alle Vorschriften über den Kauf.

## Dritter Abschnitt.
## Kommissionsgeschäft.

Vorbemerkung: Die alte Streitfrage, ob der Kommissionär unmittelbar für den Kommittenten Eigentum erwirbt, besteht auch unter dem neuen Recht noch fort, Urteile dazu sind indessen bisher nicht zu verzeichnen.

Literatur: Breit, Der Selbsteintritt des Kommissionärs, Leipzig 1899. — Langen, Eigentumserwerb und Verlust bei Kommissionsgeschäften, Marburg 1900.

**§ 383.** 1. a) Langen: Begrifflich umfaßt die Tätigkeit des Einkaufskommissionärs an sich nur den Abschluß des obligatorisch wirkenden Kaufvertrags; hier hat er im eigenen Namen für fremde Rechnung zu handeln.

Im Zweifel ist aber als Parteiabsicht anzunehmen, daß der Einkaufskommissionär auch bei der Ausführung des Kaufvertrags durch Abschluß des dinglich wirkenden Übereignungsvertrags tätig werden soll und daß es hier in seinem Ermessen steht, ob er als direkter oder indirekter Stellvertreter auftreten will (3—14, 81—86).

b) α. Regelmäßig hängt bei der Einkaufskommission die Beantwortung der Frage, ob durch die Übergabe der gekauften Sachen an den Kommissionär dieser oder direkt der Kommittent daran Eigentum erwirbt, von der Willensrichtung des Kommissionärs ab; wollte dieser zunächst für sich erwerben, so wird er Eigentümer, wollte er direkt dem Kommittenten erwerben, so wird dieser Eigentümer.

Daß die Absicht direkter Stellvertretung dem Tradenten gegenüber erklärt wird, ist nicht erforderlich; es genügt, wenn sie nur in irgendeiner Weise erkennbar in die Erscheinung tritt.

§ 164 Abs. 2 BGB. steht dem nicht entgegen, da er nur dort Platz greift, wo nach Absicht der Parteien eine individuell bestimmte Person als Trägerin von Rechten und Pflichten in Frage kommt. Dies ist hinsichtlich der Person des neuen Eigentümers nicht der Fall; diese ist vielmehr für den Tradenten ohne Interesse, und er wird daher regelmäßig ihre Bestimmung dem Ermessen des Kommissionärs überlassen (24—31, 98—104, vgl. auch JDR. 2 Ziff. 1 zu § 164 BGB.).

β. Im Zweifel ist anzunehmen, daß der Kommissionär für sich und nicht direkt für den Kommittenten erwerben will, so daß er und nicht der Kommittent zunächst Eigentümer wird (34—37, 97 Nr. 2).

γ. Erklärt ausnahmsweise der Tradent, nur dem Kommissionär Eigentum übertragen zu wollen, so kann der Kommissionär nicht direkt für den Kommittenten Eigentum erwerben (37—45, 106—108).

c) Soweit bei unechten Kommissionsgeschäften (§ 406 HGB.) der Eigentumswechsel schon durch den Abschluß des kommittierten Geschäfts selbst (und nicht erst durch einen selbständig neben diesem Abschlusse stehenden besonderen Rechtsakt) herbeigeführt wird, erwirbt stets der Kommissionär zunächst das Eigentum.

Denn beim Abschlusse des den Eigentumsübergang herbeiführenden kommittierten Geschäfts muß der Kommissionär begriffsmäßig im eigenen Namen handeln und kann demgemäß auch nur selbst Eigentum erwerben. So z. B. bei sog. Inkassokommissionen; der für Rechnung des Kommittenten aber im Namen des Kommissionärs geschlossene Zahlungsvertrag macht letzteren stets zum Eigentümer der gezahlten Geldstücke (5 Nr. 1; 8; 66/74; 108/123).

2. Das Kommissionsgeschäft ist entweder als ein auf Geschäftsbesorgung gerichteter Dienstvertrag oder als ein Werkvertrag, jedenfalls aber als ein gegenseitiger Vertrag anzusehen. **RG. 53** 363, JW. **03** 160.

Für Dienstvertrag: Denkschrift 232, Staub Anm. 18 zu § 383, Gareis, Vorbem. zu § 383.

3. Wer als Kommissionär einen Auftrag zu Spiel oder Wetten annimmt und ausführt, erlangt keinen klagbaren Anspruch auf Erstattung seiner Spiel- oder Wettaufwendungen oder auf Provision. **RG. 51** 156, JW. **02** Beil. 235. Vgl. JDR. **1** Ziff. II 1 zu § 762 BGB.

4. Der Lotterie-Einnehmer ist Kommissionär, denn er ist Käufer der Lose, also von Waren, und ihr Verkäufer im Auftrage des Staates. LG. Erfurt, CBlFrG. **2** 722.

**§ 384.** 1. Im Falle einer Kollision der Interessen des Kommittenten und des Kommissionärs geht das des ersteren als des Auftraggebers und Hauptbeteiligten vor. **RG.** JW. **01** 408.

2. Dem Kommittenten gegenüber, der im Konkurse des Kommissionärs Aussonderung wegen seiner Ansprüche aus dem Kommissionsgeschäfte verlangen will, haben Verwalter und Gemeinschuldner Rechnung zu legen. OLG. 2 33 (KG.).

3. Der Verkäufer kann einen mit einem Kommissionär geschlossenen Kauf nicht deshalb wegen Betrugs anfechten, weil der Kommissionär sich unrichtigerweise als Eigenhändler ausgegeben hat. Der Gegenkontrahent hat kein Interesse daran, zu wissen, ob der Käufer als Eigenhändler oder Kommissionär kaufe. Auch bei dem Kommissionär mußte er annehmen, daß er so billig als möglich für seinen Kommittenten einkaufen werde, da er dazu nach § 384 HGB. verpflichtet ist. OLG. Marienwerder, PosMschr. **01** 185.

4. Das sogenannte conto finto oder compte simulé, wie es bei der Einleitung überseeischer Verkaufskommissionen üblich ist, hat die Bedeutung eines Voranschlags mit einem kaufmännischen Rate, den der Kommissionär dem Kommittenten erteilt. Der Kommissionär ist dafür verantwortlich, daß er bei Erteilung der Auskunft die Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns beobachtet, und ist, wenn und insoweit er diese außer acht läßt, dem Kommittenten zum Schadensersatze verpflichtet, jedoch nur im Umfange des negativen Vertragsinteresses. **RG.** R. **02** 155.

5. Wenn auch der Einkaufskommissionär verpflichtet ist, auf Verlangen des Kommittenten eine von letzterem beanstandete Ware zurückzuweisen und einen hierdurch veranlaßten Rechtsstreit ordnungsgemäß zu führen, so besteht doch diese Verpflichtung nur unter der Voraussetzung, daß der Kommittent dem Kommissionär Schadloshaltung zusagt und auf Verlangen Sicherheit stellt, und daß der Kommissionär nicht etwa bereits durch ein von ihm dem Verkäufer gegenüber abgegebenes Anerkenntnis seine Verurteilung im Prozesse wahrscheinlich gemacht hat. Lehnt der Einkaufskommissionär die Prozeßführung ab, so überkommt er die sonst dem Kommittenten obliegende Beweislast dafür, daß die Verpflichtung zur Abnahme und Bezahlung der Ware zu Recht bestanden hat. **RG. 47** 118, JW. **01** 61, SächsA. **11** 593, HansGerZ. **01** Hptbl. 110.

6. Falls der Kommissionär nicht Garantie übernommen hat, kann der Kommittent von ihm nicht Erfüllung des kommittierten Geschäfts, sondern nur Abtretung der Rechte gegen den Dritten fordern. **RG. 47** 118, JW. **01** 61.

7. Hat der Kommissionär seine Verpflichtungen verletzt, so ist der Interesseforderung des Kommittenten der Fakturenpreis zugrunde zu legen, falls nicht der Kommissionär eine geringere Schädigung nachweist. OLG. Hamburg, HansGerZ. **01** Hptbl. 1.

8. Breit: Die aus der Nichtnamhaftmachung folgende Haftung auf Erfüllung hängt nach neuem Rechte mit dem Selbsteintritte schlechterdings nicht mehr zusammen, sie ist etwas fundamental Verschiedenes von ihm. Sie kann niemals eintreten, wenn der Kommissionär Selbstkontrahent ist, sondern im Gegenteil nur dann, wenn die Kommission entweder regulär oder überhaupt nicht ausgeführt worden ist (189).

Die Selbsthaftung ist kein Selbsteintritt, keine Bürgschaft und kein Delkredere, sie ist vielmehr eine singuläre, auf fiktiver Basis ruhende Verpflichtung eigentümlicher Art. Sie bildet gemeinsam mit BGB. § 179 und HGB. § 95 eine besondere Kategorie von Verpflichtungen. Die Wurzel der Verbindlichkeit liegt in allen drei Fällen in dem rechtlichen Mangel eines mandatarischen Handelns (a. a. O. 194).

**§ 385.** Vgl. Nr. 4 und Nr. 7 zu § 384.

Trotz Bezahlung und Annahme der vom Kommissionär eingekauften Ware kann der Kommittent nachträglich geltend machen, daß der Kommissionär seinen Auftrag tatsächlich nicht ausgeführt und die berechneten Auslagen nicht gehabt habe. **RG.** JW **03** 374.

**§ 388.** Abs. 2. Martin Sohm, GoldschmidtsZ. **53** 125 § 20: Das Recht des Kommissionärs zum Selbsthilfeverkaufe gründet sich auf Annahmeverzug des Kommittenten gemäß BGB. § 295, besteht daher auch bei unverschuldeter Säumnis des Kommittenten.

Durch Veräußerung im Wege des rechtmäßigen Selbsthilfeverkaufs überträgt der Kommissionär aus eigenem Rechte Eigentum am Kommissionsgut auf den Erwerber, auch wenn der säumige Kommittent Eigentümer des Gutes ist (133).

**§ 391.** 1. Grundsätzlich kann der Kommissionär vom Kommittenten nur Befreiung von der für dessen Rechnung eingegangenen Verbindlichkeit verlangen; indessen kann er den Klagantrag auch alternativ auf Zahlung zu seinen Händen stellen. **RG. 47** 118; vgl. Nr. 5 zu § 384.

2. Verfügt der Kommissionär über die eingekaufte Ware anderweit, so daß er den Anspruch des Kommittenten nicht erfüllen kann, so kann dieser gemäß § 325 Abs. 1 Satz 3, § 323 Abs. 1 und 3, § 812 BGB. geltend machen, daß der Kommissionär den Anspruch auf Zahlung der Provision und Ersatz seiner Aufwendungen verloren habe, und von ihm das Gezahlte zurückfordern. **RG. 53** 363, JW. **03** 160, 375.

**§ 392.** Abs. 2. Hat der Kommissionär im eigenen Namen einem Dritten eine dem Kommittenten gehörige Ware für dessen Rechnung verkauft, so kann letzterer, auch wenn der Dritte nicht weiß, daß das Geschäft für Rechnung des Kommittenten geht, pfändenden Gläubigern des Kommissionärs gegenüber hinsichtlich der Kaufpreisforderung auf Grund von § 392 Abs. 2 intervenieren. OLG. **6** 94 (Celle).

**§ 397.** 1. Das Pfandrecht des Kommissionärs kann nicht durch Sicherheitsleistung abgewendet werden. OLG. **6** 470 (Hamburg).

Für die Erhaltung des Pfandrechts genügt regelmäßig auch der Mitbesitz des Kommissionärs, gleichviel, ob die Sache unter Mitverschluß steht oder nicht. Wolff, Iherings J. **44** 204.

2. Ist das Kommissionsgut verkauft, so behält der Kommissionär ein Vorzugsrecht an der Kaufpreisforderung. **RG.** JW. **01** 408.

**§ 400.** 1. Breit: Der Selbsteintritt des Kommissionärs ist nach der Auffassung des HGB. nur eine Art der Ausführung der Kommission (42). Jede weitere „juristische Konstruktion" ist überflüssig. Der Selbsteintritt ist bloßer Formalakt. Er ist eine Erklärung, ein einseitiges Rechtsgeschäft. Das Wesen

des Selbsteintritts liegt praktisch vornehmlich in der starken Modifikation der Rechenschaftspflicht. Während bei der Wahl des regulären Ausführungsmodus sich ein dreiseitiges Rechtsverhältnis ergibt, das Kommittenten, Kommissionär und Drittkontrahenten in gleicher Weise umspannt, wird im Falle des Selbsteintritts der Dritte — er mag wirtschaftlich vorhanden sein oder nicht — in das Rechtsverhältnis nicht mit hineingezogen (43, 44).

Der Selbsteintritt ist beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 400 ein Recht des Kommissionärs. Zur Pflicht wird er niemals (45).

Die sog. Kompensation (Kombination) von Kommissionsaufträgen ist nur auf dem Wege des Selbsteintritts möglich, daher auch nur unter den Voraussetzungen des § 400 gestattet (46 ff.). (AM. Grünhut, Kommissionshandel 457 ff.)

Eine Ware hat dann einen Börsen- oder Marktpreis, wenn eine größere Zahl von Geschäften über sie geschlossen worden ist und sich infolgedessen aus dem Verhältnisse des gesamten Angebots zur gesamten Nachfrage eine abstrakte, grundsätzlich allgemein wirkende Preisresultante gebildet hat, die im Gegensatze zum Gelegenheitspreise von individuellen Einflüssen so gut wie unabhängig ist (60, 61). Die börsenmäßig auf Termin gehandelte Ware ist nach kaufmännischer Auffassung eine andere als die loco (effektiv, per comptant) gehandelte, es muß daher bei Kommissionen zum Abschlusse von Zeitgeschäften sich ein Preis für solche Geschäfte gebildet haben (64).

Die Ware muß, um res habilis für den Selbsteintritt zu sein, an dem Orte einen Börsen- oder Marktpreis haben, an dem der Kommissionär im Falle regulärer Ausführung das Ausrichtungsgeschäft abschließen mußte. Im Zweifel ist dies der Wohnsitz des Kommissionärs, bzw. der für diesen Ort maßgebliche Börsen- oder Marktplatz. Für die Zeit ist im Zweifel maßgebend der Moment der Absendung der Ausführungsanzeige (66 ff.).

Die abstrakte Existenz eines Börsen- oder Marktpreises begründet das Recht zum Selbsteintritte. Ob dieser Preis vom Kommissionär in Rechnung gestellt werden kann, darüber entscheidet § 401. Der Börsen- oder Marktpreis ist nur das Minimum des Preises (75).

Das Recht zum Selbsteintritt ist weder durch Beifügung eines Limitums, noch durch Übernahme des Delkredere, noch bei Differenzgeschäften ausgeschlossen (77 ff.). Der vertragsmäßige Selbsteintritt ist zulässig. Er untersteht den gleichen Grundsätzen wie der gesetzliche.

Die Ausübung des Selbsteintrittsrechts geschieht durch eine entsprechende Erklärung des Kommissionärs (89). Sie muß in einer Form abgegeben werden, die an sich dazu geeignet ist, einem vernünftigen Kommittenten über die neue Rechtsstellung des Kommissionärs unzweideutig Aufschluß zu geben. Konkludentes Handeln genügt nicht.

Die Erklärung des Selbsteintrittsrechts als eine Ausführung der Kommission kann grundsätzlich so lange noch abgegeben werden, als die Kommission überhaupt noch ausgeführt werden kann. Sie muß andererseits so schnell abgegeben werden, als dies der Verpflichtung des Kommissionärs entspricht, das Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen. Ein tatsächliches Handeln präkludiert nicht (102 ff.).

Hinsichtlich der Perfektion des Selbsteintritts ist der Satz aufzustellen, daß für den Kommissionär die definitive Gebundenheit erst mit dem Zugange der Eintrittserklärung eintritt, daß aber, sobald einmal feststeht, daß die Kommission durch Selbsteintritt ausgeführt ist, der Zeitpunkt der Absendung und Ausführungsanzeige als der der Perfektion gilt (125, 126).

Mit der Perfektion des Selbsteintritts stehen sich Kommittent und Kom-

missionär zugleich als Käufer und Verkäufer gegenüber. Es besteht eine Duplizität des Rechtsverhältnisses (134 ff.). Das Rechtsverhältnis ist Kauf und Kommission. Der eingetretene Kommissionär behält auch weiterhin die Pflichten aus dem Kommissionsverhältnisse, soweit dies ohne Gefährdung seiner neuen wirtschaftlichen Position möglich ist (140). Es liegt ihm ob z. B. die Diligenzpflicht, die Anzeigepflicht (§ 384), die Pflicht zur Sorge für das Kommissionsgut (§ 390) und die Rechenschaftspflicht. Die letztere Pflicht ist nun aber im Falle des Selbsteintritts erheblich modifiziert, und in dieser Modifikation liegt der praktische Kern des Selbsteintritts (149).

2. a) Der durch den Selbsteintritt des Kommissionärs zwischen diesem und dem Kommittenten entstehende Kaufvertrag wird vollendet mit dem Augenblicke, wo die den Selbsteintritt enthaltende Ausführungsanzeige zur Absendung abgegeben ist; ob sie überhaupt, und wann sie dem Kommittenten zugeht, ist für die Entstehung des Kaufvertrags gleichgültig. Langen, a. a. O. Nr. 2; 112 Nr. 2.

b) War der eintretende Verkaufskommissionär zur Zeit der Abgabe der Eintrittserklärung behufs Absendung bereits im Besitze der Kommissionswaren, so geht deren Eigentum regelmäßig in diesem Augenblick auf ihn über; war er zu jener Zeit noch nicht im Besitze der Kommissionswaren, so erwirbt er deren Eigentum mit der Empfangnahme (116).

3. Der Selbsteintritt erfordert eine ausdrückliche darauf gerichtete Willenserklärung (vgl. § 405). **RG. 53** 363, JW. **03** 160.

4. Teilt der Kommissionär den Selbsteintritt seinem Agenten mit und gibt letzterer die Selbsteintrittserklärung durch eigene Mitteilung an den Kommittenten weiter, so ist der Agent nicht Bote, sondern Organ der Willensäußerung des Kommissionärs. Die Erklärung des Agenten stellt die maßgebende Anzeige von der Kommissionsausführung dar. Der Agent ist nur dann Bote (Beförderungsorgan für Mitteilungen zwischen Kommissionär und Kommittent), wenn er die an den Kommittenten unmittelbar gerichtete Selbsteintrittsanzeige des Kommissionärs an ersteren übermittelt. **RG.** JW. **01** 657.

5. Im Konkurse des Kommittenten gilt die Anmeldung einer Gegenforderung des Kommissionärs nicht als Anzeige seines Selbsteintritts, auch wenn dabei mit dem Werte der Kommissionsware aufgerechnet worden ist. OLG. Colmar, DJZ. **01** 264.

**§ 404.** Der selbsteintretende Kommissionär hat auch wegen der rückständigen Kaufsumme das Pfandrecht. Breit a. a. O. 172.

## Vierter Abschnitt.

## Speditionsgeschäft.

Vorbemerkung: Das Recht der Spedition hat in den Berichtsjahren zwar keine grundlegende systematische Bearbeitung erfahren; dagegen haben die Vorschriften über das Speditionsgeschäft durch verschiedene Einzeluntersuchungen und auch durch mehrere gerichtliche Erkenntnisse eine eingehendere Erörterung und Klärung gefunden. Hier sind insbesondere die Abhandlung Burchardts über das Speditionsgeschäft in Egers eisenb. E.u.A. **14**, sowie die Schrift Meyers über den Spediteur und seine Pflichten, und bezüglich des Selbsthilfeverkaufs die Abhandlung Sohms, Goldschmidts Z. **53** zu nennen. Von Interesse sind namentlich die Fragen über den Umfang der Aufbewahrungs- und der Verwiegungspflicht des Spediteurs (s. bei §§ 407 u. 408), über die Pflicht zur Versicherung des Gutes (s. bei § 407), über den Anspruch auf Erstattung der Auslagen (s. § 409) und über die Frage, ob auch durch Gewährung eines Vorschusses an einen anderen als den Versender ein Pfandrecht des Spediteurs an dem Gute begründet wird (s. bei § 410). Die Streitfrage,

ob das Geschäft eines Annoncenbureaus als dasjenige eines Spediteurs oder als das eines Kommissionärs anzusehen sei, ist vom OLG. Celle in Übereinstimmung mit der schon früher ausgesprochenen Auffassung des RG. in ersterem Sinne entschieden worden, während sich das OLG. Zweibrücken der zweiten Anschauung angeschlossen hat. Der Erwähnung wert ist hier noch die Entscheidung des RG. (s. bei § 413 Nr. 2a) über das Verhältnis des § 412 zu § 413 Abs. 1, derzufolge der Spediteur, der sich mit dem Versender über einen bestimmten Satz der Beförderungskosten geeinigt hat, nicht an die Stelle des Frachtführers tritt (§ 412), sondern nur für den durch Versehen des angenommenen Frachtführers entstandenen Schaden aufzukommen hat und zwar vermöge seiner Pflicht als Spediteur. Schließlich sei noch bemerkt, daß für die Fälle vorsätzlicher Handlungsweise des Spediteurs die Verjährungsbestimmung des § 852 BGB. für anwendbar erklärt wurde (s. bei § 414), aber wohl mit Unrecht, da hier vielmehr die allgemeine Verjährungsbestimmung des BGB. Anwendung zu finden haben wird.

Literatur: Burchard, Das Speditionsgeschäft des neuen DHGB. Egers eisenb. E.u.A. **14** 193 ff. — Meyer, Der Spediteur und seine Pflichten. Berlin 1904. — Weber, Vergleich d. Haftung d. deutschen Spediteurs u. d. franz. Commissionaire de transport.

**§ 407.** I. Abs. 1. 1. Spedition im allgemeinen. Die Spedition ist ebenso wie die Kommission entgeltliche Geschäftsbesorgung und dem Auftrage nahe verwandt. Burchard, Egers eisenb. E.u.A. **14** 193, Staub, Komm. (7) 1420 Anm. 19 u. 1472 Anm. 3. Der Vertrag ist an keine Form gebunden. Inhalt und Wirkung des Vertrags richten sich regelmäßig nach den Gesetzen des Ortes, wo der Vertrag abgeschlossen ist, unter Umständen nach dem Erfüllungsorte. Meyer.

§ 407 Abs. 1 setzt die Versendung durch einen gewerbsmäßigen Frachtführer (§ 425 HGB.) voraus, nicht aber durch einen sog. Gelegenheitsfrachtführer. Meyer a. a. O. A. M. Staub 1475 Anm. 4 zu § 408.

Der einem Spediteur erteilte Auftrag, ein Frachtstück nach einem anderen Orte zu befördern und dort an einen bestimmten Empfänger abzuliefern, bedeutet, der Spediteur solle dafür sorgen, daß das Frachtstück nach jenem Orte befördert und dort an den Empfänger abgeliefert werde, d. h., daß er in seinem Namen mit einem Frachtführer über den Transport des Frachtstücks nach dem Bestimmungsort und die Ablieferung an den dortigen Empfänger kontrahieren und das Frachtgut dem Frachtführer zum Transport übergeben solle. **RG.** JW. **01** 396.

Voraussetzung für den Betrieb des Speditionsgeschäfts ist, daß der Spediteur über die nötigen Fachkenntnisse (Kenntnis der Verkehrswege, der Verkehrsmittel, Art der Güterversendung, der rechtlichen Bestimmungen usw.) verfügt. Dabei ist jedoch kein absoluter Maßstab zugrunde zu legen, sondern zu prüfen, ob der Spediteur die für den Geschäftsverkehr, den er von seinem Wohnsitze gemeinhin zu bewältigen hat, erforderlichen und üblichen Kenntnisse eines Durchschnittsspediteurs besitzt. Meyer.

2. Spedition oder Kommission? Das Geschäft eines Annoncenbureaus, soweit es in der Vermittlung der Insertion von Annoncen in die ihm zu diesem Zwecke aufgegebenen Zeitungen besteht, ist als dasjenige eines Spediteurs aufzufassen und nach den handelsrechtlichen Grundsätzen der Spedition zu beurteilen. (**RG. 20** 51.) Der Inhaber hat daher nach § 407 Abs. 2 u. § 384 HGB. bei der Ausführung der ihm in Auftrag gegebenen Geschäfte die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu beobachten, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben und über das ausgeführte Geschäft Rechenschaft abzulegen. Hierzu gehört nach der Natur der Sache bei Erteilung eines größeren Auftrags, daß er seinem Auftraggeber durch Belege, Belegausschnitte oder Aufnahmebestätigungen der Zeitungsexpeditionen den Nachweis liefert, daß die Inserate in

vorschriftsmäßiger Art, d. h. in richtiger Anzahl, zu den bestimmten Zeiten und dem Wortlaut entsprechend aufgenommen worden sind, da dem Auftraggeber nicht zugemutet werden kann, von den verschiedenen Zeitungen sich Belege anzuschaffen. OLG. 6 95 (Celle).

Dagegen hinsichtlich der Annahme eines Speditionsvertrags in diesem Falle OLG. 6 95 (Zweibrücken), wo der Annoncenspediteur als Kommissionär aufgefaßt wird.

II. Abs. 2. Rechte und Pflichten: a) **RG. JW. 01** 655. Der Spediteur hat die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns bei ihm mitübertragener Aufbewahrung fremden Gutes nicht angewendet, wenn er empfindliche konservierte Fleischwaren längere Zeit während des Sommers in einem Keller lagern läßt, von dem er nichts weiter weiß, als daß er auch zur Lagerung von Fleischwaren benutzt wird. Der Spediteur mußte durch zeitweiliges Nachsehen oder durch Erkundigungen geeigneten Ortes sich von der Brauchbarkeit des Kellers gerade zur Lagerung so empfindlicher Konserven überzeugen. Vgl. auch Meyer.

b) Zur Versicherung des Gutes ist der Spediteur an sich nicht verpflichtet, er darf sie aber nicht ablehnen, wenn er vom Versender hierzu angewiesen wird. Meyer.

c) Die Bestimmung im § 384 HGB. hinsichtlich der Benachrichtigung des Versenders, insbesondere von der Ausführung des Auftrags, gilt auch für den Spediteur. Meyer a. a. O., dagegen nur mit Einschränkung Staub (7) § 408 Anm. 27.

d) Der Spediteur erwirbt aus dem Verzuge seines Vertragsgegners das Recht zum Selbsthilfeverkauf auch dann, wenn das Gut einem Dritten zu eigen ist. M. Sohm, GoldschmidtsZ. **53** 134.

**§ 408.** 1. Neu gegenüber dem alten HGB. ist in Abs. 1 die Bestimmung, daß dem Spediteur ausdrücklich zur Pflicht gemacht ist, bei der Versendung, Wahl der Frachtführer, Verfrachter und Zwischenspediteure das Interesse des Versenders wahrzunehmen und dessen Weisungen zu befolgen. Burchard 193.

2. Die §§ 385 Abs. 2 HGB. und 665 BGB. gelten für den Spediteur in gleicher Weise wie für den Kommissionär. Burchard a. a. O. 193. Meyer.

3. Der Spediteur hat als ordentlicher Kaufmann dafür zu sorgen, daß die zur Versendung gegebene Ware zum Schutze gegen Verwechselungen mit einem Merkzeichen (vgl. §§ 426, 445, 643 HGB.) versehen wird, besonders, wenn die Gefahr der Verwechselung (z. B. bei Säcken) zu erwarten steht und daß dieses Merkzeichen im Frachtbriefe, Ladeschein oder Konnossement aufgenommen wird. **RG. JW. 02** 29.

4. Der Spediteur ist zur Verwiegung des ihm zur Weiterverfrachtung überwiesenen Gutes bei dessen Abnahme vom ersten Frachtführer nicht schon dann verpflichtet, wenn auf Grund des dem Speditionsvertrage zugrunde liegenden Geschäfts — Kaufvertrags — usancemäßig Verwiegung bei der an den Spediteur zum Zwecke der Weiterverfrachtung erfolgten Überweisung des Gutes vorzunehmen ist, sondern nur dann, wenn er hierzu von seinem Auftraggeber besondere Anweisung erhalten hat oder wenn die Verwiegung nach den Grundsätzen über den Speditions- und Frachtvertrag gemäß der vom Spediteur zu prästierenden Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns erforderlich ist. Senckpiehl, Speditions- u. Schiffahrts-Ztg. **03** 553.

**§ 409.** Die Besorgung der Güterversendung ist zu Ende mit dem Beginne der Versendung; von diesem Augenblick an erwirbt der Spediteur sein Recht auf Provision. Meyer.

Anspruch auf Erstattung von Auslagen ist im § 409 nicht erwähnt; hierüber sind §§ 669 und 670 des BGB. über Vorschußpflicht und Erstattungs-

pflicht des **Auftraggebers** bei Aufwendungen seitens des Beauftragten maßgebend. **Burchard** a. a. O. 194, **Staub** a. a. O. 1481 Anm. 7.

**§ 410.** Offen gelassen ist die mit gewissen Einschränkungen zu bejahende Streitfrage, ob der Spediteur auch einem anderen, nicht nur dem Versender, einen Vorschuß geben kann, durch dessen Leistung ein Pfandrecht an dem Gute begründet wird. **Burchard** a. a. O. 195.

Dagegen ist die bisherige Streitfrage, ob der Spediteur, der mit einem Nichtkaufmann einen Speditionsvertrag schließt, an dem ihm zur Spedition übergebenen, seinem Auftraggeber nicht gehörenden Gegenstand ein gesetzliches Pfandrecht erwerben kann, unter den im § 366 HGB. enthaltenen Voraussetzungen in bejahendem Sinne entschieden. **Burchard** a. a. O. 195, **Staub** a. a. O. 1483 Anm. 8.

**§ 411.** 1. Die bisherige Streitfrage bezüglich der rechtlichen Natur des Forderungsüberganges, ob nämlich ein **selbständiger**, auf redlicher Verwendung beruhender **Impensenanspruch** oder Übergang durch cessio legis vorliegt, ist nicht beseitigt. **Burchard** a. a. O. 196; a. M. **Staub** a. a. O. 1484 Anm. 2.

2. Die rechtliche Stellung eines ausländischen Unterfrachtführers ist nach dem Rechte seines Staates zu beurteilen; endet hiernach seine Verpflichtung als Frachtführer mit dem Ablieferungsangebote, so hört damit auch die Haftung des deutschen Spediteurs für ihn auf. **RG. 48** 108 und Archiv für Eisenbahnwesen **03** 196.

**§ 412.** 1. Falls der Spediteur ohne entsprechende Anzeige faktisch den Transport selbst ausführt, so ist § 412 nicht anwendbar. Der Spediteur hat alsdann einerseits die Haftung des Frachtführers, kann aber andererseits dem Versender außer der Provision und Fracht nur die Unkosten in Rechnung stellen, die er tatsächlich aufgewendet hat, während er im Falle des angezeigten Selbsteintritts auch die sonst regelmäßig vorkommenden Kosten verlangen kann, d. h. auch die, die er durch den Selbsteintritt erspart hat. **Meyer.**

2. In Absatz 2 kann unter „Verfrachter" nur der Verfrachter von Seeschiffen gemeint sein; der Spediteur ist daher, wenn er die Beförderung selbst übernimmt, bei Ausführung eines Seetransports neben den Bestimmungen des Abschnitts über „Speditionsgeschäft" auch den Bestimmungen des Abschnitts 4 des 4. Buches: „Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern" unterworfen. **Burchard** a. a. O. 196.

3. a) Der Selbsteintritt des Spediteurs folgt noch nicht allein aus der Tatsache, daß er das ihm zur Beförderung übergebene Frachtstück mit anderen zusammen in einer Sammelladung an den Bestimmungsort gehen läßt. **RG.** JW. **01** 306.

b) Es ist vielmehr ausdrückliche Erklärung, eintreten zu wollen, erforderlich (§§ 400, 405). **Staub** Anm. 2 zu § 412.

4. Bei Selbsteintritt haftet dem Absender lediglich der Spediteur für die Erfüllung des Speditions- und des Frachtvertrags, nicht dagegen ein von ihm mit Abrollung des Gutes beauftragter auswärtiger Spediteur. KGBl. **12** 43 (KG.); vgl. auch Nr. 2 zu § 432.

**§ 413.** 1. § 413 weist nur für den Fall des **Landtransports**, nicht für den des Seetransports dem Spediteur die Rechte und Pflichten eines Frachtführers zu. **Burchard** a. a. O. 282, 283; a. M. **Staub** 1487 Note 1.

2. a) Im Falle des § 413 Abs. 1 tritt der Spediteur nicht an die Stelle des Frachtführers, sondern hat nur für den durch Versehen des angenommenen Frachtführers entstandenen Schaden aufzukommen und zwar vermöge seiner Pflicht als Spediteur. **RG.** JW. **01** 397.

b) Der Spediteur, welcher die Spedition des Gutes zu bestimmten Sätzen übernahm, haftet für das Verschulden seiner Leute, deren er sich zur Ausführung bediente, ohne daß er sich darauf berufen kann, daß ihm die von ihm zugezogenen Personen (z. B. Ewerführer gemäß § 4 Binnenschiffahrtges.) nur beschränkt haften. OLG. Hamburg, HansGerZ. **01** Hptbl. 304.

c) Schuldhafte Handlungen und Unterlassungen, welche in einen Zeitabschnitt fallen, bei dessen Beginn der Speditionsauftrag bereits erledigt war, unterliegen nicht der Haftung gemäß § 413, auch wenn sie Personen zur Last fallen, welche während der Haftdauer, d. h. während des Vollzugs des Speditionsauftrags, als Zwischenspediteur oder Frachtführer an der Versendung beteiligt waren. **RG.** JW. **01** 368.

d) Der Spediteur muß bei Dringlichkeit der Versendung sich um die schleunige Gewinnung von Transportmitteln bemühen. Wenn er sie trotz Entwickelung der gebotenen Sorgfalt nicht erlangen kann, so ist dies für ihn Zufall, für den er nicht einzustehen hat; bloße Rücksichten auf die Billigkeit der Fracht entschuldigen ihn indessen nicht. **RG.** JW. **01** 618.

3. Die Vereinbarung eines festen Satzes für die Beförderungskosten hat die Bedeutung und Wirkung, daß der Spediteur nur den vereinbarten Bauschalsatz verlangen kann; dies gilt auch dann, wenn er dabei zu Schaden kommt. OLG. Frankfurt, R. **03** 296; **RG.** Ztschr. f. d. internat. Eis.Transport **03** 212.

4. Abs. 2 hat nicht zur Voraussetzung, daß der Spediteur die ausschließliche Verfügung über die betreffende Sammelladung hat, es genügt vielmehr, wenn der Spediteur in Gemeinschaft mit anderen die Verfügung über den Eisenbahnwaggon oder die sonstigen Beförderungsmittel hat. Welche Fracht im Falle des § 413 „den Umständen nach angemessen" ist, entscheidet im Streitfalle richterliches Ermessen, wobei die für die Beförderung des einzelnen Gutes gewöhnliche Fracht die Höchstgrenze bildet. Burchard a. a. O. 283, 284.

**§ 414.** 1. Verlängerung der einjährigen Verjährungsfrist entgegen § 225 BGB. ausdrücklich zugelassen. Beginn der Verjährung bei Ansprüchen wegen verspäteter Ablieferung nicht mehr, wie nach Art. 386 Abs. 2 des alten HGB., der Tag der tatsächlich erfolgten Ablieferung, sondern der Ablauf des Tages, an dem die Ablieferung hätte bewirkt sein müssen. Grund dieser Änderung war, eine möglichste Übereinstimmung mit der Verjährungsbestimmung im Art. 45 des Berner Internationalen Frachtübereinkommens herbeizuführen. Burchard a. a. O. 285.

Der vorsätzlichen Handlungsweise, welche nach Abs. 4 des § 414 die einjährige Verjährung ausschließt, ist grobe Fahrlässigkeit nicht gleichgestellt. Burchard a. a. O. 285; Staub 1490 Anm. 10; Eger, Komm. zur Eisenbahn-Verkehrsordnung (2) 584.

Im Falle der vorsätzlichen Handlungsweise gelten die allgemeinen Verjährungsbestimmungen des BGB.; eine dreijährige Verjährungsfrist für diesen Fall nach Vorgang des Art. 45 des Int. Üb. einzuführen, ist absichtlich unterlassen worden. Eger, Komm. zur Eisenbahn-Verkehrsordnung (2) 584; Görmann nimmt aber eine dreijährige Verjährungsfrist nach § 852 BGB. an. Ztg. des Vereins DEV. **02** 387.

§ 414 findet nur auf die dort besonders bezeichneten Ansprüche gegen den Spediteur Anwendung. Ansprüche des Spediteurs bzw. Frachtführers gegen den Versender verjähren nach § 196 BGB. in 2 bzw. 4 Jahren. Letzteres ist nun der Grund, warum im Abs. 3 des § 414 abweichend von Art. 46 des Berner Internationalen Frachtübereinkommens die Aufrechnung der im Abs. 1 bezeichneten Forderungen auch noch nach Vollendung der Verjährung unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen wurde, weil es sonst unbillig erschienen

wäre, den Versender bzw. Absender nach eingetretener einjähriger Verjährung seiner Ansprüche gegen den Spediteur bzw. Frachtführer den noch nicht verjährten Forderungen des Spediteurs bzw. Frachtführers auszusetzen. Burchard 285; Eger, Komm. (2) 581.

2. Ablieferung im Sinne des § 414 ist für den Fall des § 412 (Selbstausführung des Transports durch den Spediteur) und des § 413 (Einigung über einen bestimmten Satz der Beförderungskosten oder Versendung auf Grund Sammelladefrachtbriefs) die Ablieferung an den Empfänger, im Falle des reinen Speditionsvertrags die Übergabe des Gutes an den Frachtführer oder Verfrachter bzw. Schiffer. Burchard 285, 286; Staub 1490 Anm. 5.

Beim Frachtvertrag ist Ablieferung derjenige Akt, durch welchen der Frachtführer nach Beendigung des Transports den Gewahrsam über das Frachtgut mit Einwilligung des Empfängers aufgibt. Die Benachrichtigung des Empfängers von der Ankunft, die Erklärung der Löschbereitschaft laut Seefrachtgeschäft, die Auslieferung des Frachtbriefs stellen noch keine Ablieferung dar. OLG. Hamburg, HansGerZ. **00** Hptbl. 311.

3. Im § 414 steht nicht der Untergang des Gutes, sondern sein Verlust für den Absender in Frage. Verloren ist für ihn ein Gut aber, wenn der mit der Beförderung Betraute es nicht richtig abgeliefert hat und es nicht zurückgeben kann. — Diese Auffassung des Begriffs „Verlust" gilt auch für das Postrecht. OLG. Hamburg, HansGerZ. **02** Beibl. 273; ähnlich **RG.** JW. **01** 803 (vgl. Staub Anm. 2 zu § 414).

## Fünfter Abschnitt.

## Lagergeschäft.

Vorbemerkung: Der 5. Abschnitt über das Lagergeschäft ist völlig neu in das neue HGB. eingeschaltet und dadurch eine bisher unangenehm empfundene und auch durch das BGB. nicht ausgefüllte Lücke beseitigt worden. Außer den Erörterungen der §§ 416 bis 424 in den einzelnen Kommentaren zum HGB. ist besonders die systematische Darstellung Burchards, Egers eisenb. E.u.A. **16** und **17** zu erwähnen; auch die Rechtsprechung hat schon vielfach Gelegenheit gehabt, sich mit den neuen Bestimmungen eingehend zu befassen, so insbesondere über die Frage nach dem Leistungsorte (s. bei § 416 Nr. 7), über die Verpflichtung zum Schadensersatze bei Beschädigung der eingelagerten Waren (s. bei § 417 Nr. 3) und über die Höhe des ortsüblichen Lagergeldes beim Mangel einer Vereinbarung (s. bei § 420 Nr. 2). Das Hauptinteresse beim Lagergeschäfte nimmt die Frage nach der Natur und der Bedeutung des Lagerscheins, der nicht nur Beweisurkunde, sondern Wertpapier ist, und nach dem Pfandrechte des Lagerhalters in Anspruch (s. bei §§ 421 und 424).

Literatur: Burchard, Das Lagergeschäft auf Grund des neuen HGB. und des BGB., in Egers eisenb. E.u.A. **16** 184 ff.; v. Kostanecki, Der Lagerschein als Traditionspapier. Berlin 1902. — Wimpfheimer, Der Lagerschein nach Deutschem Rechte, Karlsruhe 1903.

**§ 416.** 1. Das frühere Handelsgesetzbuch enthielt keine Bestimmungen über das Lagergeschäft. Der Betrieb des Gewerbes eines Lagerhalters ist Betrieb eines Handelsgewerbes; die Geschäfte, die der Lagerhalter als zum Betriebe seines Gewerbes gehörend abschließt, sind Handelsgeschäfte; ob der Lagerhalter Vollkaufmann oder Minderkaufmann ist, richtet sich nach dem Umfange seines Gewerbebetriebs. Nur diejenigen Rechtsgeschäfte, welche die Übernahme der Lagerung und Aufbewahrung von Gütern durch einen Lagerhalter zum Gegenstande haben, d. h. innerhalb des Rahmens eines als Lagergewerbe zu bezeichnenden Gewerbebetriebs abgeschlossen werden, sind in Abschnitt 5 geregelt; in Fällen anderer Art kommen die Bestimmungen des BGB. über Verwahrung

(§§ 688—700) oder jene des HGB. über Besorgung fremder Geschäfte bzw. über Kommission, Spedition und Frachtgeschäft (§§ 354, 390, 407, 425) zur Anwendung. Burchard, Egers eisenb. E.u.A. **16** 184—186.

2. Der § 362 HGB. (Verpflichtung zur unverzüglichen Antwort auf einen Antrag) gilt auch für den Lagerhalter. Burchard a. a. O. 187.

3. Übergabe und Empfangnahme des Gutes zur Perfektion des Lagervertrags nicht erforderlich; der vor der Empfangnahme des Gutes geschlossene Vertrag daher kein Vorvertrag. Dies schließt aber nicht aus, daß auch beim Lagergeschäfte wirkliche Vorverträge vorkommen können, z. B. Vereinbarung, daß der eine Vertragschließende berechtigt sein soll, während eines bestimmten Zeitraums jederzeit ohne vorgängige Ankündigung die Einlagerung bestimmter Güter zu verlangen; in solchem Falle Entstehen des eigentlichen Lagervertrags durch Anmeldung oder Übergabe des Gutes. Burchard a. a. O. 187, 188.

4. Das Gewerbe des Lagerhalters kann sich auf einfache Lagerung oder auf Aufbewahrung oder auf beides erstrecken und dementsprechend auch das einzelne im Rahmen des Gewerbes abgeschlossene Geschäft. Burchard a. a. O. 188.

5. Der Lagerhalter wird unmittelbarer Besitzer; ob der Einlagerer mittelbarer Besitzer wird, richtet sich nach dem Inhalte des Vertrags. Burchard a. a. O. 189.

6. a) Der Begriff der Aufbewahrung ist weiter als der der Lagerung; demnach auch die Haftung des Lagerhalters verschieden, je nachdem er lediglich die Lagerung oder auch die Aufbewahrung übernommen hat. Burchard a. a. O. 189.

b) Auch für den Lagerhalter gelten die Grundsätze über die Rechte des Kommissionärs und des Spediteurs auf Schadensersatz durch den Gegenkontrahenten. OLG. Hamburg, R. **00** 541.

7. Beim Lagergeschäft ist der Leistungsort für den Einlagerer kein anderer als der Ort, an dem er zur Zeit des Geschäftsabschlusses seinen Wohnsitz oder seine Niederlassung hat. Aus der Natur des Lagergeschäfts folgt nichts Gegenteiliges. **RG.** JW. **02** 79, DJZ. **02** 68, R. **02** 148; übereinstimmend OLG. **2** 43 (Karlsruhe), R. **01** 473, BadRpr. **01** 186. Vgl. auch Nr. 2 zu § 420.

**§ 417.** 1. Die im § 388 Abs. 2 HGB. dem Kommissionär bei bevorstehendem Verderben oder Entwertung des Gutes eingeräumte Verkaufsbefugnis steht dem Lagerhalter nicht zu; dagegen hat auch der Lagerhalter das Recht des Verkaufs nach Maßgabe der §§ 389, 373 HGB. im Falle der Unterlassung einer Verfügung seitens des Einlagerers. Burchard a. a. O. 189, 190, 285, 291; a. M. bezüglich des Notverkaufs Staub 1495 Anm. 3.

2. Dem Rechte des Lagerhalters zum Selbsthilfeverkaufe steht das Eigentum Dritter am Gute nicht entgegen. Martin Sohm, GoldschmidtsZ. **53** 134.

3. Der Lagerhalter hat für eine Beschädigung der eingelagerten Waren aufzukommen, sofern er nicht die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns beweist. **RG.** JW. **01** 655.

4. Ein Handelsgebrauch, daß bei Auslieferung eines Teiles der eingelagerten Ware der Lagerhalter verpflichtet ist, das Gewicht der ausgelieferten Menge dem Einlieferer durch Wiegeschein mitzuteilen, besteht in Hamburg nicht. Hat aber ein Lagerhalter dies Verfahren seinen Kunden gegenüber regelmäßig beobachtet, so ist er ihnen dazu so lange weiter verpflichtet, bis er ihnen eröffnet hat, dies künftig unterlassen zu wollen. Nichtanzeige verpflichtet den Lagerhalter zum Schadensersatz. OLG. Hamburg, HansGerZ. **00** Hptbl. 225, SeuffA. **56** 194. Vgl. Nr. 4 zu § 408 — Spediteur!

5. Gleich dem Spediteur ist auch der Lagerhalter zur Geltendmachung des

seinem Auftraggeber entstandenen Schadens Dritten gegenüber legitimiert. OLG. Hamburg, R. **00** 541.

**§ 418.** Besichtigung des Gutes ꝛc. ist auch anderen, vom Einlagerer hierzu ermächtigten Personen, nicht bloß dem Einlagerer selbst zu gestatten. Ob dem Einlagerer noch ausgedehntere Rechte hinsichtlich der Vornahme von Arbeiten an den Waren, als im § 418 bezeichnet, zu gestatten sind, hängt mangels anderweiter Vereinbarung vom Willen des Lagerhalters ab. Die zur Erhaltung der Ware notwendigen Arbeiten sind unter Umständen vom Lagerhalter selbst vorzunehmen. Burchard a. a. O. 291, 292; Staub 1496 Anm. 4.

**§ 419.** Schadensersatzpflicht des Lagerhalters ist begründet bei Vermischung oder Vermengung ohne ausdrückliche Genehmigung des Einlagerers hierzu. Miteigentum der Einlagerer im Falle der Vermischung oder Vermengung; Recht, nicht Pflicht des Lagerhalters zur Teilung in Natur ohne Genehmigung der einzelnen beteiligten Einlagerer. Bei Verlust eines Teiles des Gesamtvorrats, ohne daß Verantwortlichkeit des Lagerhalters hierfür vorliegt, ist Aufhebung der Gemeinschaft durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes nur durch Mitwirkung sämtlicher Beteiligten zulässig. Bei Gewichtsmehrung Anteil des einzelnen Einlagerers an dem vergrößerten Gesamtgewicht. Burchard a. a. O. 292—295; a. M. bezüglich der Frage, ob nur Recht oder auch Pflicht des Lagerhalters zur Teilung besteht, Staub 1498 Anm. 5.

Bezüglich des Fortbestandes der an der eingelagerten Sache bestehenden Rechte Dritter ist im Falle der Vermischung maßgebend § 949 BGB. Burchard a. a. O. 296.

**§ 420.** 1. Anspruch auf Lagergeld auch ohne besondere Vereinbarung hierüber lediglich auf Grund der Tatsache begründet, daß der Lagerhalter in seinem Lagergewerbe die Aufbewahrung übernimmt. Beim Mangel vertragsmäßiger Festsetzung oder einer ortsüblichen Taxe steht Bestimmung der Höhe des Lagergeldes dem Lagerhalter nach §§ 315, 316 BGB. zu. Burchard a. a. O. 364, 365; Staub 1499 Anm. 4.

2. Als ortsübliches Lagergeld sind in Ermangelung anderer Vereinbarung die tarifmäßigen Sätze der Eisenbahn über Lager- und Platzgeld anzusehen. OLG. Breslau, R. **02** 587.

3. § 420 Abs. 2 bezieht sich nicht auf den Erfüllungsort, sondern nur auf die Zeit der Zahlungspflicht. **RG.** JW. **02** 79, R. **02** 148, DJZ. **02** 68; ebenso OLG. **3** 43 (Karlsruhe), R. **01** 473, BadRpr. **01** 186. Vgl. Nr. 7 zu § 416.

**§§ 421, 424.** 1. Rechtliche Natur des Lagerscheins. Lagerschein ist nicht nur Beweisurkunde, sondern Wertpapier; mit dem Übergange desselben auf einen anderen als den ursprünglichen Einlagerer ist auch Übergang der persönlichen und dinglichen Ansprüche des Einlagerers möglich. Die Möglichkeit dieses Überganges ist verschieden, je nachdem der Lagerschein Namen-(Rekta-)papier, Inhaberpapier oder Orderpapier ist: im ersten und zweiten Falle Übergang durch Abtretungserklärung unter Übergabe der Urkunde, im letzten Falle Übertragung durch Indossament. Indossable Orderpapiere sind aber nur die von einer staatlich hierzu ermächtigten Anstalt ausgestellten Lagerscheine (§ 363 Abs. 2 HGB.). Bestellung von Pfandrechten an dem Lagergute, über das ein Lagerschein ausgestellt ist, ist ebenfalls verschieden, je nach dem Inhalte des Lagerscheins: bei Lagerschein auf Namen nach § 1279 BGB. maßgebend die Bestimmungen in den §§ 1280—1290 des BGB. und bezüglich der Verpfändung des dinglichen Rechtes § 1205 BGB.; bei Lagerschein auf Inhaber § 1293 und § 1295 BGB.; bei indossablen Lagerscheinen § 1292 BGB. Burchard a. a. O. 359—364.

2. Pfandrecht. a) Gesetzliches Pfandrecht des Lagerhalters nur wegen der Lagerkosten, nicht aber wegen Vorschüsse und Darlehen, die er auf das Gut gegeben hat, und nicht wegen Forderungen aus laufender Rechnung. Pfandrecht ist auch begründet, wenn der Einlagerer nicht Eigentümer oder durch seine Rechtsstellung zur Einlagerung berechtigt war, der Lagerhalter aber in gutem Glauben über dessen Berechtigung war; letzteres ist zugunsten des Lagerhalters bis zum Beweise des Gegenteils zu präsumieren. Burchard a. a. O. 366; Staub 1499 Anm. 1 und 1500 Anm. 4.

Neben dem gesetzlichen Pfandrechte vertragsmäßige Bestellung eines Pfandrechts für den Lagerhalter sowie kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht möglich. Streitfrage, ob das Zurückbehaltungsrecht des Lagerhalters dem Verfolgungsrechte des unbezahlten Absenders zu weichen hat. Burchard a. a. O. 367; Staub 1500 Anm. 6 und 7.

b) Für die Forderung des Lagerhalters haften nicht nur die zu ihrer Sicherung erforderlichen Sachen; sein Pfandrecht ergreift vielmehr das gesamte in seinem Besitze befindliche Gut. OLG. Dresden, SächsA. **13** 577.

Bezüglich der Veräußerung des Pfandes maßgebend § 368 Abs. 2 HGB. und § 1234 BGB., je nachdem der Lagervertrag mit einem Kaufmann oder einem Nichtkaufmanne bzw. einem Kaufmann, mit dessen Handelsgewerbe der Lagervertrag nichts zu tun hat, abgeschlossen wurde; abweichende Vereinbarung zulässig. Burchard, Egers eisenb.E.u.A. **17** 82, 83.

c) Verkaufsandrohung hat dem Einlagerer gegenüber zu geschehen, wenn er auf seinen Namen eingelagert hat und dem Lagerhalter von einer etwaigen Veräußerung des Gutes nichts bekannt geworden ist, im Falle einer dem Lagerhalter bekannt gewordenen Veräußerung dem Erwerber gegenüber. Bei Ausstellung eines Lagerscheins an Order ist Realisierung des gesetzlichen Pfandrechts gegenüber dem durch Indossament legitimierten Erwerber nicht zulässig, wenn aus dem Lagerschein eine Bestimmung wegen der Lagerkosten oder wenigstens ein Hinweis auf die hierwegen mit dem Einlagerer getroffene Vereinbarung oder auf den gesetzlichen Anspruch des Lagerhalters nicht enthalten ist; bei Vorhandensein einer solchen Bestimmung bzw. eines solchen Hinweises Verkaufsandrohung „als untunlich" — da der jeweilige Eigentümer nicht bekannt sein kann — nicht erforderlich. Bei Lagerschein auf Inhaber Gleiches geltend wie bei indossablem Lagerscheine. Burchard a. a. O. **17** 84, 85.

Bezüglich des Ranges der verschiedenen gesetzlichen Pfandrechte gilt § 443 HGB. Burchard a. a. O. 86.

**§ 422.** 1. Abs. 1. Der Einlagerer hat jederzeit das Recht der Zurücknahme des Gutes und ist Lagergeld mangels gegenteiliger Vereinbarung nur für die tatsächliche Lagerzeit zu entrichten (§§ 695, 699 BGB.). Burchard a. a. O. 87.

Bei gänzlichem Unterbleiben der Einlagerung trotz des abgeschlossenen Vertrags ist Lagergeld zu zahlen bis zu dem Zeitpunkte, zu dem der Einlagerer erklärt, daß er auf seine Rechte aus dem Lagervertrage verzichte oder nicht mehr einlagern wolle. Burchard a. a. O. 87, 88.

Der Pflicht des Lagerhalters, die Einlagerung bis zu dem vereinbarten oder durch Kündigung bestimmten Zeitpunkte zu gewähren, entspricht keine Pflicht des Einlagerers, das Gut bis zu diesem Zeitpunkt auch liegen zu lassen; nimmt er es vorher zurück, ist kein Lagergeld über den Zeitpunkt der Rücknahme hinaus zu entrichten. Burchard a. a. O. 88.

2. Abs. 2. Als „wichtiger Grund" im Sinne des Absatzes 2 ist zu erachten: wenn der Zustand des Gutes sich für andere Waren als gefährlich erweist; wenn infolge einer ohne Verschulden des Lagerhalters eingetretenen

Entwertung des Gutes keine genügende Sicherheit für den Anspruch des Lagerhalters mehr besteht; wenn der Lagerhalter infolge von nicht voraussehbar gewesenen Umständen nicht mehr in der Lage ist, das Gut mit Sicherheit und ohne eigenen Nachteil aufzubewahren. Burchard a. a. O. 89.

**§ 423.** 1. Eine Abweichung von § 414 ist insofern vorhanden, als nach § 423 bei gänzlichem Verluste die Verjährungsfrist mit dem Ablaufe des Tages beginnt, an dem der Lagerhalter dem Einlagerer Anzeige von dem Verluste gemacht hat; bei nur teilweisem Verluste dagegen auch beim Lagergeschäfte Beginn der Verjährung mit dem Ablaufe des Tages, an dem die Ablieferung hätte bewirkt sein müssen; dieser letztere Zeitpunkt fällt zusammen mit dem Zeitpunkt, in welchem der Lagerhalter mit der Rückgabe in Verzug gerät. Burchard a. a. O. 90, 91.

2. Die kurze Verjährung des § 423 HGB. greift nicht Platz, wenn der Lagerhalter vom Verluste nicht Anzeige gemacht hat. OLG. Hamburg, HansGZ. **03** Hptbl. 284.

**§ 424.** 1. Mittelbarer Besitz am Gute durch Übergabe des Lagerscheins wird nur dann erlangt, wenn er an Order ausgestellt und indossiert ist. Schröder, Der Eigentumsübergang bei versendeten Sachen, GoldschmidtsZ. **51** 43 Anm. 6.

2. Folgender Lagerschein:

> Wir empfingen und lagerten . . . . . . und trugen in unsere Lagerbücher ein auf den Namen von
>
> Herren . . . . . .
>
> . . . Sack . . .
>
> Auszuliefern an den Inhaber dieses Lagerscheins unter Rückgabe desselben gegen Erstattung der Lagerspesen von heute ab.

ist kein echtes Inhaber-, sondern ein sog. Legitimationspapier. Hierfür spricht namentlich, daß Inhaber-Lagerscheine in Deutschland wenig gebräuchlich sind. Endemann, Handb. III 914 Anm. 83; Cosack, Lehrbuch (5) § 102; **RG.** Hans. GerZ. **03** Hptbl. 125.

## Sechster Abschnitt.

## Frachtgeschäft.

Vorbemerkung: Bei der Entwickelung des modernen Verkehrs tritt naturgemäß die Bedeutung des gewöhnlichen Landtransports gegenüber dem Transport auf den Eisenbahnen in den Hintergrund. Es ist daher auch erklärlich, daß die Literatur und auch die Rechtsprechung sich hauptsächlich auf dem Gebiete des Eisenbahnfrachtgeschäfts bewegen. Hier aber ist in den Berichtsjahren eine fruchtbare Tätigkeit entfaltet worden. Eingehende Behandlungen des Eisenbahnfrachtrechts haben die in zweiter Auflage erschienenen Kommentare von Eger über die Eisenbahn-Verkehrsordnung und über das Internationale Frachtübereinkommen sowie die Schriften von Gerstner über den neuesten Stand des Internationalen Übereinkommens und über die neuen Vorschriften in der Eisenbahn-Verkehrsordnung, und von Hilscher über das österreichisch-ungarische und das internationale Eisenbahntransportrecht gebracht. Außerdem hat das mit dem deutschen und dem internationalen Frachtrecht in der Hauptsache übereinstimmende und auf ihnen beruhende österreichische Eisenbahntransportrecht eine umfassende Darstellung in dem Kommentare von Rinaldini gefunden. In dem Kommentare Hertzers zur Eisenbahn-Verkehrsordnung sodann findet eine Menge der in der Theorie und Praxis aufgetauchten Zweifels- und Streitfragen entsprechende Berücksichtigung, während die Arbeit Wanningers eine gute und übersichtliche Darstellung der durch das neue HGB. erfolgten Abänderungen des Eisenbahnfrachtrechts bietet. Eine reiche Fülle von Auslegungsmaterial liefern daneben

die in den verschiedenen Zeitschriften veröffentlichten zahlreichen Abhandlungen und gerichtlichen Entscheidungen über einzelne Fragen des Eisenbahnfrachtrechts; denn der hoch entwickelte moderne Verkehr schafft beinahe täglich neue Verhältnisse und damit neue Zweifels- und Streitfragen. Unter den letzteren hat wegen ihrer praktischen und wissenschaftlichen Bedeutung die Frage nach der Rechtsgültigkeit der Eisenbahn-Verkehrsordnung das Hauptinteresse in Anspruch genommen. Die Ansicht Labands, daß die Verkehrsordnung ungültig sei, hat aber nirgends Anklang gefunden (s. näheres bei § 453). Ein weiterer praktisch bedeutsamer Streit hat sich sodann um die Bestimmung des § 21 der EisVO. entsponnen und dazu geführt, daß diese Bestimmung durch Verordnung des Bundesrats vom 25. März 1904 eine Abänderung erfahren hat (s. bei § 21 EisVO.). Über die namentlich zwischen Reindl und Gorden ausführlich erörterte Frage über die Rechtsstellung der Gepäckträger (s. bei § 458) ist eine Einigung noch nicht erzielt. Meinungsverschiedenheiten nach den verschiedensten Richtungen bestehen auch hinsichtlich des im § 53 der EisVO. und Art 7 des Internationalen Übereinkommens festgesetzten Frachtzuschlags. Bezüglich der rechtlichen Natur dieses Zuschlags hat auch das RG. bereits Gelegenheit zur Erörterung gehabt und sich für die Annahme einer Konventionalstrafe entschieden; doch dürfte diese Entscheidung nicht überall Anklang finden. Auch über die Person des zur Zahlung dieser Zuschläge Verpflichteten und insbesondere über die Verjährung des Anspruchs auf dieselben sind eingehende Erörterungen zu verzeichnen, ohne daß jedoch, wie es scheint, auch hier eine Einigung erzielt wurde (s. bei § 426 Nr. 3).

Literatur: Cörmann, Die deutsche und internationale Frachtgesetzgebung, Berlin 1901. — Eger, Komm. z. EisVerkOrdn. (2). — Ders., Komm. z. Int. Übereinkommen (2). — Gerstner, Der neueste Stand des Berner Int. Übereinkommens, Berlin 1901. — Ders., Die neuen Vorschriften in der Eisenbahn-Verkehrsordnung v. 26. Oktober 1899, Berlin 1899. — Hertzer, Handkommentar z. Eis.Verk.Ordn., Berlin 1902. — Hilscher, Das österreichisch-ung. u. internationale Eisenbahntransportrecht, Wien 1902. — Rinaldini, Kom. z. österr. Betr.Reglement, Wien 1903. — Wanninger, Die Abänderungen des Eisenbahnfrachtrechts durch das neue HGB.

**§ 425.** 1. Frachtführer ist nicht schon der, der zum Zwecke der Ausführung des Transports Dienste leistet, oder auf Grund eines ihm erteilten Auftrags oder Befehls tätig wird, sondern nur derjenige, der die dem Frachtführer obliegende Transportleistung selbst, das Werk, welches zu vollenden ist, in gewerblicher Selbständigkeit und für eigene Rechnung ausführt. Ein Posthalter ist kein Frachtführer. **RG.** SächsA. **10** 312; auch JW. **00** 395 Nr. 16; **RG. 25** 108.

2. a) Ein Frachtvertrag liegt auch dann vor, wenn das Gut in dem Schiffe zeitweilig bis zur Bestimmung des Ablieferungsorts liegen bleiben soll. OLG. **2** 281 (Hamburg).

b) Der Unterschied vom Frachtvertrag und Schleppvertrage liegt wesentlich darin, daß der Frachtführer das Gut zum Zwecke des Transports übernimmt, ihm demgemäß die Custodia während des Transports obliegt und er nach beendetem Transporte zur Ablieferung verpflichtet ist. OLG. Hamburg, SeuffertsA. **56** 102; auch HansGerZ. **00** Hptbl. 213; ebenso Staub, Komm. (7) 1506 Anm. 4.

3. a) Die Eisenbahngepäckträger sind zwar im Bahndienst angestellte Beamte, ihr Geschäft betreiben sie aber als selbständiges privates Frachtgeschäft. Besondere gesetzliche Vorschriften über dieses Frachtgeschäft bestehen nicht; der Inhalt der Tarife und Dienstanweisungen ist für das Publikum nicht bindend und hat nur die Bedeutung einer Bedingung, unter der die Gepäckträger ihr Frachtführergeschäft betreiben wollen. OLG. **2** 100 (Hamburg).

➻ Nach dem vor Erlassung der Eisenbahnverkehrsordnung v. 26. Oktober 1899 gültig gewesenen Rechte entschieden. Siehe nunmehr auch weiter unten zu § 458. ⟵

b) Nicht der Ort, an dem die Ware bei Beginn des Transports in Empfang genommen wird, sondern der, an den sie in Erledigung der Vertragspflicht zu schaffen ist, begründet beim Frachtvertrage den Gerichtsstand des Erfüllungsorts. Denn Gegenstand des Frachtvertrags ist nicht das Befördern, sondern die Beförderung ans Ziel. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hptbl. 274.

**§ 426.** 1. a) Vgl. §§ 51, 53 u. 54 der Eisenbahn-Verkehrsordnung, Artt. 6 u. 7 Int. Übereinkommens.

Für den gewöhnlichen Frachtvertrag ist die Ausstellung des Frachtbriefs fakultativ und von dem Verlangen des Frachtführers abhängig; für den Eisenbahnfrachtvertrag die Ausstellung des Frachtbriefs von bestimmter Form obligatorisch; im ersteren Falle der Frachtbrief nur Beweisurkunde im letzteren auch Vertragsurkunde: ohne Frachtbrief kein Eisenbahnfrachtvertrag als solcher, sondern auch nur ein gewöhnlicher Frachtvertrag nach §§ 425—452 mit der Eisenbahn. Reindl, Ztg. d. Ver. d. Eis.Verw. **97** 100; Eger, Komm. z. Eisenbahn-Verkehrsordn. (2) 235, 236, 277; Wanninger 12 u. 13; Staub 1555 Anm. 2.

b) Der Frachtbrief dient zwar als Beweis über den Frachtvertrag und die bezüglichen, in demselben enthaltenen Angaben, er bildet aber diesen Vertrag nicht selbst und kann als reines Beweismittel jederzeit durch Gegenbeweis entkräftet werden. LG. Mülhausen, Egers eisenb. E. u. A. **18** 343.

c) Der Frachtbrief ist (im Gegensatze zum Ladeschein, welcher kein Verpflichtungsschein ist) eine Beweisurkunde über den Inhalt des Frachtvertrags, die vom Absender ausgestellt wird und dadurch ihn, durch die Annahme alsdann aber auch den Frachtführer bindet. OLG. **6** 96 (KG.).

2. a) Der Eisenbahnfrachtbrief darf nur die in der Eisenbahn-Verkehrsordn. zugelassenen Erklärungen enthalten; eine Adresse „An A für B" ist daher unzulässig. Eger (2) 247; Staub (7) 1511 u. Reindl, Bay. Verkehrsblätter **01** Nr. 9 u. **02** Nr. 10, Zeitschr. f. d. internat. Eis.Tr. **10** Nr. 4.

b) Ein Spediteur muß in Säcken verpackte Ware, die zum Transporte gelangt, mit einer Marke versehen und dafür sorgen, daß diese Marke im Frachtbriefe, Ladeschein oder Konnossemente angegeben werde. Versäumt er dies und entsteht auf dem Transporte durch Verwechselung der Ware ein Schaden, so muß er beweisen, daß die Verwechselung nicht auf seine Unterlassung der Markierung zurückzuführen ist. OLG. 2 82 (Hamburg) u. **RG.** JW. **02** 29; vgl. auch zu §§ 408 u. 445.

3. Die rechtliche Natur der im § 53 der Eisenbahn-Verkehrsordnung für den Fall unrichtiger Inhalts- und Gewichtsangaben (sowie Wagenüberlastungen) vorgesehenen „Frachtzuschläge" ist die einer Konventionalstrafe; Verpflichtung zur Zahlung dieser Frachtzuschläge trifft auch nach Eintritt des Empfängers in den Frachtvertrag jedenfalls den Absender und zwar trotz Annahme des ungenügend deklarierten Frachtstücks durch die Eisenbahn; Verjährung des Anspruchs der Eisenbahn auf derartige Frachtzuschläge nicht nach § 61 der Eisenbahn-Verkehrsordnung in einem Jahre. **RG. 47** 34 gegen OLG. Darmstadt.

Der Empfänger ist zur Entrichtung des Frachtzuschlags sowohl nach dem deutschen als dem internationalen Frachtrechte nur dann verpflichtet, wenn der Frachtzuschlag im Frachtbriefe ziffernmäßig ersichtlich gemacht ist. Die allgemeine Bezugnahme des Frachtbriefs auf die Bestimmungen des Reglements oder der Tarife begründet diese Verpflichtung des Empfängers noch nicht. Der Absender bleibt so lange haftbar, als der Frachtzuschlag nicht tatsächlich bezahlt ist. Reindl, Österr. Eis.Ztg. **04** S. 61 f., 73 f.

Nach Cörmann, Ztg. d. Ver. d. Eis.Verw. **02** 387, verjährt der An-

spruch auf die im § 53 der Eisenbahn-Verkehrsordnung vorgesehenen Frachtzuschläge als „verschuldet unerlaubte Handlungen im Sinne des § 823 des BGB." gemäß § 852 BGB. in 3 Jahren. Dagegen Hertzer a. a. O. 553, der nur eine zweijährige Verjährungsfrist annimmt, da der Frachtzuschlag nur eine Nebenforderung zur Fracht als der Hauptforderung darstelle, letztere aber nach § 196 Abs. 1 Nr. 3 des BGB. in 2 Jahren verjähre und daher die Nebenforderung gemäß § 224 des BGB. der gleichen Verjährung unterliege. Gegen Hertzer u. Cörmann hinwiederum Reindl, DJZ. **03** 100 u. Hirths Ann. **03** 547, der mangels einer anderweitigen gesetzlichen Bestimmung für den Anspruch auf Entrichtung des Frachtzuschlags die regelmäßige Verjährungsfrist von 30 Jahren (§ 195 BGB.) annimmt. Gegen Reindl wendet sich Eger, DJZ. **03** 123, der einjährige Verjährungsfrist vertritt (vgl. auch zu § 224 BGB.).

4. a) Der Frachtzuschlag (Konventionalstrafe) bei gleichzeitigem Vorliegen einer unrichtigen Inhalts- und einer zu niedrigen Gewichtsangabe ist analog den strafrechtlichen Grundsätzen über Realkonkurrenz für jede Verfehlung gesondert in der Höhe zu berechnen, in der er sich ohne das gleichzeitige Vorliegen der anderen Verfehlen berechnen würde. Reindl, Ztg. d. Ver. d. Eis.-Verw. **01** 339 und 997; dagegen Hagena in ders. Ztg. 859 und 998.

b) Bei der Berechnung des Frachtzuschlags für unrichtige Inhaltsangabe der nur bedingungsweise zur Beförderung zugelassenen oder hiervon ausgeschlossenen Gegenstände ist das Bruttogewicht des ganzen Versandstücks zugrunde zu legen. F., Zeitschr. f. d. internat. Eisenbahntransport **10** 184 gegen Eger VO. (2) 270.

5. Die Haftung des Absenders für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Frachtbriefangaben ist nicht von einem Verschulden desselben abhängig. Staub (7) 1512 Anm. 15; OLG. Naumburg, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **04** 432. Daher ist auch der Frachtzuschlag wegen unrichtiger Inhalts- oder Gewichtsangaben verwirkt lediglich durch die bloße Tatsache der falschen Deklaration und ohne Rücksicht auf Eintritt eines Schadens und darauf, ob Beförderung tatsächlich stattgefunden hat oder nicht. Eger (2) 270, Reindl, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **99** 1226.

Die Aufgabsbahn ist selbständig legitimiert zur Geltendmachung der aus unrichtiger Deklaration entspringenden Ansprüche der Eisenbahn auf Frachtzuschlag und Mehrfracht, selbst wenn nicht sie, sondern eine andere der beim Transporte beteiligten Bahnen nach Auslieferung des Gutes die unrichtige Deklaration entdeckt und die Veranlassung zur Nacherhebung der Beträge gegeben hat. Österr. Oberster Gerichtshof, Egers eisenb. E.u.A. **20** 53.

**§ 427.** § 59 der EVO.: Verschulden des Absenders ist keine Voraussetzung seiner Haftung; nur Verschulden der Eisenbahn befreit ihn von seiner Haftung; Verschulden der Eisenbahn liegt aber nicht in der Unterlassung einer Prüfung der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Begleitpapiere; bei konkurrierendem Verschulden § 254 BGB. maßgebend. Staub 1513; Eger (2) 323—326.

**§ 428.** § 65 EVO.: Der § 428 HGB. bezieht sich nur auf vorübergehende Hindernisse; im Falle dauernden Hindernisses sind die Bestimmungen in §§ 623 ff., 645 BGB. maßgebend; daher bei dauernder Unmöglichkeit der Weiterbeförderung des Gutes infolge Zufalls auch kein Anspruch des Frachtführers auf Distanzfracht, sofern nicht etwa nach den Umständen des Falles die Ausführung eines Teiles der Reise als teilweise Erfüllung im Sinne des § 323 BGB. angesehen werden kann oder sofern nicht die Unmöglichkeit der Beförderung durch die Beschaffenheit des Gutes veranlaßt ist. Denkschrift zum Entwurf eines neuen HGB. 256, Staub (7) 1515 Anm. 7.

Auch ein vom Frachtführer verschuldetes zeitweiliges Hindernis fällt unter § 428. Staub 1514 Anm. 3; Eger (2) 387.

§ 65 der EVO. enthält einige Abweichungen von den Regeln des § 428, insbesondere in der Richtung, daß bei Möglichkeit der Fortsetzung des Transports auf einem anderen — wenn auch längeren — Wege das Rücktrittsrecht des Absenders beschränkt und im Falle der Ausstellung eines Frachtbriefduplikats oder Aufnahmescheins das Verfügungsrecht des Absenders in bestimmten Richtungen eingeengt ist. Eger (2) 388, 389; Wanninger 18; Reindl, Ztg. d. V. d. EisVerw. **01** 1061 bezüglich der Form der Verfügung.

**§ 429.** I. Abs. 1. 1. Die Haftung des gewöhnlichen Frachtführers für Verlust und Beschädigung ist gegenüber dem früheren Rechte gemildert und gleich behandelt mit der Haftung für Versäumung der Lieferfrist; für die Haftung der Eisenbahn für Verlust und Beschädigung dagegen das frühere strenge Haftungsprinzip beibehalten (§ 456). Staub 1516 Anm. 4 und 1560 Anm. 6; Wanninger 28.

Die Haftung des Frachtführers nach § 429 dauert bis zur Ablieferung. Wird die Entgegennahme der Ablieferung vom Adressaten abgelehnt, so ist § 300 BGB. analog anzuwenden und von diesem Zeitpunkt ab der Frachtführer nur für Vorsatz oder grobes Versehen haftbar. Staub a. a. O. 1517 Anm. 9.

2. Ablieferung ist derjenige Akt, durch welchen der Frachtführer nach Beendigung des Transports den Gewahrsam über das Frachtgut mit Einwilligung des Empfängers aufgibt. OLG. **2** 186 (Hamburg). Vgl. ROHG. **6** 273, **14** 294; ferner RG. Egers eisenb. E.u.A. **13** 16.

Ein solcher Übergang des Frachtguts aus dem Gewahrsame des Frachtführers (Schiffers) in den des Empfängers ist aber noch nicht gegeben durch die Anweisung des Löschplatzes und die Vermessung der Ladung seitens des Empfängers; dies sind vielmehr nur vorbereitende Akte für die Annahme und ändern am Gewahrsame des Frachtführers (Schiffers) nichts. OLG. **6** 97 (KG.).

3. Die Haftung des Frachtführers kann durch Vereinbarung eingeschränkt werden. Vgl. jedoch bezüglich der Eisenbahnen § 471 HGB. OLG. **2** 182 (KG.), u. 100 (Hamburg).

4. Der Frachtführer muß prüfen, ob die Verpackung des Gutes nach Maßgabe der mit der Transportart verbundenen Gefahr als eine ausreichende Sicherung erscheint. Seine Pflicht findet ihre Grenze darin, daß ihm nur eine äußerliche Untersuchung zusteht und obliegt, aber diese muß sorgfältig erfolgen. RG. SächsA. **12** 731, Egers eisenb. E.u.A. **19** 193.

5. Unter „Gut" ist Ware und Umhüllung zu verstehen. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hptbl. 53.

6. Zur Führung des dem Frachtführer obliegenden Exkulpationsbeweises ist Aufklärung der Ursache des Schadens unbedingt erforderlich. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hptbl. 58. Bestätigt durch RG. HansGerZ. **03** Hptbl. 187.

II. Abs. 2. 1. Die Angabe des Wertes des Gutes bei Kostbarkeiten ꝛc. muß spätestens bei der Übergabe an den Frachtführer erfolgen; spätere Angabe genügt nicht zur Begründung der Haftung des Frachtführers, ebenso anderweitig erworbene Kenntnis des Frachtführers über den Wert oder die Beschaffenheit des Gutes. Unterlassene Angabe schließt die Haftung des Frachtführers aus dem Frachtvertrage selbst bei Vorsatz aus, unbeschadet jedoch der Haftung nach BGB. wegen unerlaubter Handlung. Staub 1518, 1519, Wanninger 29.

2. Die „Kunstgegenstände" sind in Abs. 2 des § 429 neu hinzugefügt worden. Hierunter zu verstehen „Werke der bildenden Kunst, welchen durch eine künst-

lerische Gestaltung — im Gegensatze zur handwerks- oder fabrikmäßigen — ein besonders hoher, das gewöhnliche Maß übersteigender Wert innewohnt"; die Bezeichnung „Denkmal-Gypsstudie" kann nicht schon gewissermaßen als Gattung unter den Begriff „Kostbarkeit" oder „Kunstgegenstand" fallen. OLG. München, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **01** 172. — **Bloch**, JW. **02** 331 bekämpft die im § 429 Abs. 2 HGB. enthaltene Haftausschließung als zu weitgehend und befürwortet eine Deklaration der dort genannten Gegenstände nur für den Umfang, nicht aber für die Voraussetzung der Haftung des Frachtführers.

**§ 430.** 1. Abs. 1. „Auf Grund des Frachtvertrags" will heißen auf Grund des § 429; bei Vorliegen der Voraussetzungen deliktischer Haftung greifen die allgemeinen Regeln des BGB. über Art und Höhe des Schadensersatzes Platz. Staub 1520 Anm. 1.

Auf Schadensersatz für verzögerte Ablieferung ist § 430 nicht anwendbar, hier ist vielmehr voller Schadensersatz nach den allgemeinen Regeln des BGB. zu leisten; diese eventuell strengere Haftung für verzögerte Ablieferung ist namentlich mit Rücksicht auf die im § 429 erfolgte Einschränkung in den Voraussetzungen der Haftung für Verlust und Beschädigung nicht mehr konsequent. Staub 1520 Anm. 2, Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts (4) 442—444.

2. Abs. 2. Die Ermittelung des Verkaufswerts kann auch durch Sachverständige erfolgen. Maßgebend für die Bestimmung des Verkaufswerts ist der Zeitpunkt, zu dem das Gut nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange hätte verkauft werden können; eine längere Verzögerung und dadurch herbeigeführte Minderung des objektiven Verkaufswerts fällt nicht dem Frachtführer zur Last. OLG. **6** 471 (Hamburg).

**§ 431.** Vgl. § 9 EVO. a) § 431 bezieht sich auf die Verletzung aller Vertragspflichten, nicht bloß auf die Haftung aus § 429, aber nur gegenüber dem Gegenkontrahenten oder demjenigen, der die Rechte aus dem Frachtvertrage geltend zu machen berechtigt ist, nicht gegenüber dem Dritten; die Haftung des Frachtführers ist eine unmittelbare und ausschließliche; der Gehilfe des Frachtführers haftet dem Absender überhaupt nicht, falls ihm nicht eine gegen den Absender gerichtete unerlaubte Handlung zur Last fällt. Staub 1523 Anm. 3 und 6. Vertragliche Abänderungen der Haftung für die Hilfspersonen zulässig, selbst für die Fälle des Vorsatzes der Hilfspersonen (§ 278 BGB.), nur die Grenzen der guten Sitte sind hierbei einzuhalten. Staub 1523 Anm. 7; anders bei Eisenbahnen (§ 458 u. 471).

b) Die Eisenbahnverwaltung verletzt ihre Vertragspflicht, wenn sie den Reisenden nach ihrer Ankunft nicht einen gefahrlosen Ausgang aus dem Bahnhofe gewährt. Sie hat hierbei ein Verschulden der Person, deren sie sich zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit bedient, nach § 278 BGB. und § 9 der EVO. wie ein eigenes zu vertreten und kann sich durch den Nachweis sorgfältiger Auswahl ihres Personals nicht befreien. **RG.** Arch. f. Eisenbahnwesen **04** 476.

**§ 432.** Vgl. § 74 Abs. 5 EVO. 1. Über den Rückgriff der Frachtführer untereinander war im früheren HGB. und in der früheren Verkehrsordnung keine Bestimmung enthalten; die Neuregelung ist im Anschluß an Art. 47 des Berner Internat. Übereinkommens erfolgt. § 432 und § 74 EVO. treffen aber, abweichend vom Art. 47 des Berner Internat. Übereinkommens, keine Bestimmung über den Rückgriff, wenn mehrere Frachtführer bzw. Bahnen als Schuldige ermittelt sind. In diesem Falle nun hat jeder Schuldige den Schaden soweit zu ersetzen, als er nachweislich auf sein Verschulden zurückzuführen ist; bei Nichtausscheidbarkeit des Schadens haften die mehreren Schuldigen nach § 421 und § 426 BGB. solidarisch. Eger (2) 475, 476. Ist der schuldige Frachtführer zahlungsunfähig, so fällt der eventuelle Regreß gegen die übrigen Fracht-

führer fort (anders nach Art. 47 des Berner Übereinkommens). Staub 1526 Anm. 9.

2. Der vom Adressaten mit der Abholung des Gutes beauftragte Spediteur tritt nicht nach Maßgabe der §§ 432, 441 in den mit der Eisenbahn abgeschlossenen Frachtvertrag ein, er ist vielmehr lediglich ein mit der Abnahme der Ware Beauftragter des Adressaten, so daß mit der Übergabe des Gutes an diesen Beauftragten der Frachtvertrag erfüllt ist. LG. Chemnitz, Egers eisenb. E.u.A. **19** 337; SächsA. **13** 241.

3. Der Abschluß des Frachtvertrags zwischen Absender und Frachtführer ist kein Vertrag zugunsten des Empfängers. **RG.** JW. **00** 314, Egers eisenb. E.u.A. **17** 219.

4. § 432 gilt nur für das Binnenfrachtgeschäft. LG. Hamburg, Hans. GerZ. **02** Hptbl. 113.

**§§ 433, 455.** 1. Vgl. § 64 EVO., Art. 15 des Berner Übereinkommens.

2. Beim Eisenbahnfrachtvertrage sind folgende Perioden zu unterscheiden:

I. Periode. Abschluß des Frachtvertrags und Transportzeit: lediglich der Absender ist Gläubiger und Schuldner (§ 434 HGB. findet keine Anwendung).

II. Periode. Ankunft des Frachtguts am Bestimmungsorte: der Empfänger wird neben dem Absender Gläubiger. Das Recht des Empfängers ist aber das schwächere — der Absender kann ihm die erworbenen Rechte entziehen — und das dem Umfange nach geringere — der Absender bleibt ausschließlich im Besitze derjenigen Rechte, die der Natur der Sache nach an seine Person geknüpft sind, insbesondere im Besitze des Dispositionsrechts (§ 64 Abs. 1).

III. Periode. Aushändigung des Frachtbriefs oder Klagerhebung: das Dispositionsrecht des Absenders, insbesondere die Befugnis, dem Empfänger die erworbenen Rechte zu entziehen, geht unter. Ferner erlöschen sämtliche Rechte des Absenders mit Ausnahme derer, die der Natur der Sache nach an seine Person geknüpft sind.

Dem Empfänger erwachsen keinerlei Pflichten. Er kann einseitig die erworbenen Rechte und zwar mit der Wirkung zurückweisen, daß die Gläubigerrechte des Absenders wieder erwachen.

IV. Periode. Geltendmachung der Rechte aus dem Frachtvertrage durch den Empfänger: der Empfänger wird Schuldner und zwar neben dem Absender. Seine Zahlungspflicht deckt sich jedoch nicht mit der des Absenders, sie wird vielmehr durch den Inhalt des Frachtbriefs begrenzt; das einseitige Rücktrittsrecht des Empfängers erlischt. Die zwischen der Eisenbahn und dem Empfänger bestehenden Rechtsbeziehungen können nur durch Verzichtsvertrag und nur mit Einverständnis des Absenders mit der Wirkung beseitigt werden, daß diejenigen der Eisenbahn zum Absender im ursprünglichen Umfange wieder aufleben. Trägt der Empfänger der Eisenbahn einen derartigen Verzicht an — z. B. durch Verweigerung der Abnahme des Gutes —, so hat diese den Absender zu benachrichtigen und um Anweisung anzugehen.

V. Periode. Abnahme des Gutes:

a) der Empfänger wird, — wenn er es nicht in Gemäßheit des Vorstehenden bereits geworden ist, — Schuldner nach Maßgabe des Frachtbriefs und zwar neben dem Absender.

b) Der Absender wird von der Verpflichtung zur Zahlung der auf den Empfänger angewiesenen Beträge — jedoch lediglich bezüglich dieser — befreit, wenn die Eisenbahn die wirksame Geltendmachung ihres Pfandrechts verabsäumt.

c) Alle Verbindlichkeiten der Eisenbahn erlöschen, wenn die Fracht nebst den sonst auf dem Gute haftenden Forderungen bezahlt ist. Ausgenommen sind einmal die dem Absender zustehenden Ansprüche unbedingt, und ferner die dem Empfänger auf Grund mangelhafter Vertragserfüllung erwachsenen unter bestimmten Voraussetzungen. Rundnagel, Der Frachtvertrag der Eisenbahnverkehrsordnung als Vertrag zugunsten Dritter, Egers eisenb. E u.A. **19** 276.

3. Rücktransportierung an den Absendeort kann vom Absender auf Grund des § 433 HGB. nicht verlangt werden. Staub 1527 Anm. 1, Eger (2) 373; Reindl, Internat. Übereinkommen, Anlageheft II zu Egers eisenb. E.u.A. **16** 13 Anm. 2, Reindl, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **01** 1062; dagegen Gerstner, Der neueste Stand des Internat. Übereinkommens 82 Anm. 1. Beförderung über den Bestimmungsort hinaus oder nach einer Seitenlinie kann nach § 433 HGB. ebenfalls nicht gefordert werden (Staub 1527 Anm. 1), jedoch nach § 64 der EVO. u. Art. 15 des Internat. Übereinkomm., wo derartige Verfügungen ausdrücklich zugelassen sind. Eger (2) 373; Gerstner a. a. O. 83; Reindl a. a. O. 12 u. 13. Die Streitfrage, ob der Absender auch noch andere als die im § 433 HGB. angegebenen Verfügungen habe, ist durch HGB. offen gelassen und bejaht von Staub 1527 Anm. 1; dagegen durch Verkehrsordnung und Internat. Übereinkomm. (§ 64 Abs. 1 in fine, Art. 15 Abs. 1 in fine) verneinend entschieden worden. Gerstner, Die neuen Vorschriften in der Eisenbahn-Verkehrsordnung 24; Ders., Der neueste Stand des Berner Internat. Übereinkomm. 83; Reindl a. a. O. 12; a. M. auch hinsichtlich der VO. Eger (2) 371, 376.

4. Anweisungen nach § 433 sind keiner besonderen Form bedürftig, dagegen nach § 64 VO. u. Art. 15 Internat. Übereinkomm.; Nichteinhaltung dieser Form bedingt Nichtigkeit nach §§ 139 ff. BGB. Eger (2) 382.

5. Hat der Empfänger die Dispositionsbefugnis, z. B. durch Übergabe des Frachtbriefs an ihn, erlangt, macht er aber von seinem Rechte keinen Gebrauch, so tritt das Dispositionsrecht des Absenders wieder voll in Kraft. Staub 1528 Anm. 6; dagegen Eger (2) 379, 380.

Durch den Übergang der Dispositionsbefugnis auf den Empfänger nach § 433 Anm. 2 HGB. wird das Verfolgungsrecht des § 44 der Konkursordnung nicht aufgehoben. Staub 1413 Anm. 87, 1527 Anm. 3, 1528 Anm. 6.

6. Dadurch, daß dem Empfänger vom Absender die Befugnis erteilt wird, das Gut abzuholen, wird an seiner fortdauernden Verfügungsbefugnis nichts geändert, falls er nicht auch der Eisenbahn gegenüber zugunsten des Empfängers auf seine Rechte aus dem Frachtvertrage verzichtet. RG. Strafs., R. **03** 134.

**§§ 435, 436.** 1. Vgl. §§ 66 u. 67 der EVO., Artt. 16 u. 17 Internat. Übereinkommen.

2. Die in Art. 405 des alten HGB. für die Verpflichtung des Empfängers enthaltene Einschränkung, daß sich die betreffenden Verpflichtungen aus dem Frachtbriefe ergeben müßten, ist als unzutreffend im § 435 beseitigt; es sind daher alle aus dem Frachtvertrage sich ergebenden Verpflichtungen, auch die nicht im Frachtbrief ersichtlich gemachten, vom Empfänger zu erfüllen. Denkschrift z. Entw. eines HGB. zu den §§ 408—410; Eger, VO. (2) 397, 407; Ders., Internat. Übereinkomm. (2) 289, 302; anders nach Internat. Übereinkomm. Gerstner, Der neueste Stand &c. 85.

3. Ankunft des Gutes am Bestimmungsort ist nicht gleichbedeutend mit Ankommensollen. Staub 1530 Anm. 1; Gerstner, Der neueste Stand &c. 86; dagegen Eger, VO. (2) 398, 399 u. Internat. Übereinkomm. (2) 292.

4. § 435 HGB. begründet keine Verpflichtung des Empfängers zur Annahme des Gutes; der Frachtführer hat aus dem Frachtvertrage keinen Anspruch auf Abnahme der Ware durch den Empfänger, es müßte denn der letztere den Frachtbrief angenommen und den Frachtführer zur Ablieferung der Ware angewiesen haben. RG. Egers eisenb. E.u.A. **17** 219, JW. **00** 314.

5. Zahlung nach Maßgabe des Frachtbriefs (§ 436 HGB., § 67 VO.) bedeutet nicht bloß Zahlung der ziffermäßig im Frachtbriefe verzeichneten Beträge, sondern aller sich aus der im Frachtbrief enthaltenen Bezugnahme auf das Reglement und die Tarife ergebenden Beträge. Staub 1533 Anm. 5 u. 6; Eger, VO. (2) 411 u. Internat. Übereinkomm. (2) 304. Dagegen Reindl, Österr. Eisenb.Ztg. **04** Nr. 6 u. 7.

6. Aus der Praxis.

a) Dem Empfänger, der sich nach Abgang der Meldung an den Absender, daß das Gut unbestellbar sei, bei der Empfangsstation meldet, ehe der Absender Anweisung erteilt hat, ist das Gut unverzüglich auszuliefern. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 128. Vgl. auch § 437.

b) Der Begriff der „Annahme" deckt sich mit der „Empfangnahme" des früheren Art. 343. Sie besteht in der tatsächlichen Entgegennahme der Ware in die Verfügungsgewalt, durch die der Frachtführer von der Aufbewahrungspflicht befreit und der Empfänger zu dieser verpflichtet wird. OLG. **6** 96 (KG.). Vgl. Nr. 1 zu § 450.

c) Die Abfuhr der Ware durch den vom Adressaten allgemein mit Abrollung der für ihn anlangenden Sendungen beauftragten Spediteur enthält die Annahme des Gutes. LG. Chemnitz, Egers eisenb. E.u.A. **19** 337, SächsA. **13** 241. Vgl. § 432 Nr. 2.

d) Die Zahlung eines Frachtvorschusses an den Frachtführer und die Anweisung eines Abladeplatzes seitens des Empfängers enthält noch nicht die Annahme des Gutes. OLG. **6** 96 (KG.).

Die Zahlung ist an den Frachtführer zu leisten ohne Rücksicht darauf, ob er Eigentümer des Gutes ist oder nicht, oder darauf, ob er in eigenem oder fremdem Namen gehandelt hat. LG. Frankfurt a. O., KGBl. **14** 35 (KG.).

e) Hat der Adressat auf Grund eines Frachtbriefs das Gut angenommen, so muß er die Fracht zahlen, selbst wenn der Absender des Gutes ihn außerhalb des Frachtbriefs ersucht hat, die Fracht nicht zu zahlen. LG. Frankfurt a. O., KGBl. **13** 5 (KG.).

f) Der Eintritt des Empfängers in die Haftung befreit den Absender nicht. Staub 1533 Anm. 8. Daraus, daß der Empfänger durch Annahme des Gutes und des Frachtbriefs zur Zahlung nach Maßgabe des Frachtbriefs verpflichtet wird, folgt nicht, daß die Wirkungen des Vertrags zwischen Absender und Frachtführer nunmehr aufgehoben seien. Der Absender haftet vielmehr nach wie vor, und zwar solidarisch mit dem Empfänger. OLG. **2** 23 (Darmstadt). Vgl. auch das bei § 426 mitgeteilte Urteil des RG. **47** 34.

7. Die Verpflichtung der Eisenbahn, das Gut vor Einlösung des Frachtbriefs dem Adressaten zur Besichtigung und Untersuchung vorzuzeigen, wird von Hertzer, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **03** 881 auf Grund des § 809 BGB. bejaht, von Reindl, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **03** 1424 dagegen verneint, da für diese Frage nicht § 809 BGB., sondern lediglich § 435 Abs. 1 HGB., § 66 Abs. 2 EVO. sowie Art. 16 Abs. 2 Internat. Übereinkomm. maßgebend seien und nach diesen Bestimmungen lediglich Zug um Zug die Auslieferung des Gutes zu erfolgen habe, die Eisenbahn also keinesfalls vor Auslösung des Frachtbriefs das Gut vorzuzeigen habe. Ebenso wie Reindl für das internationale Recht Ztschr. f. internat. Eisenbahntransport **03** 241.

**§ 437.** 1. Abs. 1. Vgl. § 70 EVO., Art. 24 IÜ. Verletzung der Benachrichtigungspflicht verpflichtet den Frachtführer zum Schadensersatze nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen des BGB. Staub, Komm. 1534 Anm. 2, Eger (2) 442.

Auch im Falle eines Ablieferungshindernisses ist der Absender, wenn ihm Frachtbriefduplikat oder Aufnahmeschein erteilt worden ist, zur Erteilung einer der im § 433 HGB. (§ 64 VO.) vorgesehenen Verfügungen nur unter Einhaltung der im § 455 Abs. 2 HGB. und § 64 Abs. 3 und 6 der EVO. vorgeschriebenen Form befugt. Eger, VO. (2) 442. Ebenso für das Internat. Recht: Gerstner, Komm. z. Int. Üb. 300 und Reindl, Ztg. d. Ver. d. Eis. Verw. **01** 1063, Eger IÜ. (2) 373.

Eine Verständigung des Absenders von dem Ablieferungshindernisse hat nach § 70 der EVO. und Art. 24 IÜ. auch dann stattzufinden, wenn der Adressat den Frachtbrief bereits ausgelöst hat, das Gut aber nicht in Empfang nimmt, trotzdem in diesem Falle das Verfügungsrecht des Absenders erloschen ist. Reindl, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **01** 1063, Gerstner, Komm. z. IÜ. 298, 300.

Sendungen, deren Annahme verweigert wurde oder unterblieben ist, dürfen dem sich nachträglich zum Bezuge meldenden Adressaten so lange ausgefolgt werden, als nicht eine gegenteilige Verfügung des Absenders auf der Empfangsstation eingetroffen ist. Reindl, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **01** 1063, Gerstner, Der neueste Stand ꝛc. 95, OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 128. Vgl. § 435 Nr. 6a.

2. Absatz 2. Selbsthilfeverkauf. Voraussetzung für den Selbsthilfeverkauf des Frachtführers ist Ablieferungshindernis beim Empfänger und Mangel einer Anweisung seitens des Absenders; Gegenstand des Selbsthilfeverkaufs ist das Frachtgut, mag es im Eigentume des Absenders, Empfängers oder eines Dritten stehen. Die Wirkung des rechtmäßigen Selbsthilfeverkaufs ist Eigentumsübertragung auf den Erwerber ohne Rücksicht auf guten Glauben, wenn der Eigentümer die vom Frachtführer erworbenen Rechte am Frachtgute nach § 366 gelten lassen muß. Martin Sohm, GoldschmidtsZ. **53** 135.

Ein durch die Bahnverwaltung bewirkter Verkauf, auch wenn er öffentlich erfolgt ist, ist kein ordnungsmäßiger Selbsthilfeverkauf im Sinne des § 373 HGB., da unter letzterem nur ein solcher Verkauf zu verstehen ist, der durch einen Handelsmäkler oder einen zur Versteigerung befugten Beamten bewirkt wird (**RG. 5** 94). Der öffentliche Verkauf bewirkt nur dann die vom Gesetz im Interesse des Käufers für erforderlich erachtete Sicherheit, wenn der den Verkauf Leitende in bezug auf Sachkunde und Unparteilichkeit die nötigen Garantien bietet; es muß deshalb ein unbeteiligter Dritter sein. Dies trifft aber nicht zu, wenn der Verkauf durch einen Angestellten der Eisenbahn bewirkt wird, welcher die derselben als Frachtführerin zustehenden Rechte wahrnimmt. **RG.** R. **02** 270.

**§§ 438, 464.** Vgl. § 90 der EVO., Art. 44 des IÜ. 1. Auch nach der gegen Art. 408 Abs. 1 des alten HGB. etwas geänderten Fassung des § 438 Abs. 1 kann bei Frankosendungen das Präjudiz des § 438 keine Anwendung finden. Staub 1537 Anm. 6, Eger, VO. (2) 565 und Eger, IÜ. (2) 564. Dagegen für das internat. Recht: Gerstner, Der neueste Stand ꝛc. 122 sowie die dort allegierte Literatur und sowohl für das deutsche als das internat. Recht: Reindl, Egers eisenb. E.u.A. **19** 363, der ausführt, daß die unter der Herrschaft des Art. 408 Abs. 1 des alten HGB. vorwiegend vertretene Auffassung bei dem veränderten Wortlaute der Bestimmungen des § 438 Abs. 1 und des Art. 44 Abs. 1 IÜ. und dem Zwecke dieser Bestimmungen jedenfalls nicht mehr aufrechterhalten werden könne.

2. Zur Wahrung der Ansprüche des Empfängers gegen den Frachtführer aus dem Frachtvertrag ist nicht mehr, wie nach Art. 408 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 407 Abs. 1—3 des ADHGB., unbedingt die Zustandsfeststellung des Frachtguts durch vom Gericht ernannte Sachverständige im Wege eines gerichtlichen Besichtigungsverfahrens erforderlich; das neue HGB. knüpft vielmehr die gleiche Rechtsfolge schon an die Feststellung der Beschädigung oder Minderung des Gutes „durch amtlich bestellte Sachverständige". Neben der unter Mitwirkung des Gerichts erfolgenden Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises (§ 488 ZPO. bzw. § 164 RFrGG.) genügt demnach fortan schon die außergerichtliche, die private Zustandsfeststellung für die gedachte Anspruchserhaltung, wenn die zugezogenen Sachverständigen nur „amtlich bestellte", d. h. von einer zuständigen Behörde oder von einem dazu ermächtigten Organe des Handelsstandes ein für allemal ernannt sind. Hierzu gehören in Preußen namentlich die von den Handelsvertretungen (Handelskammern und kaufmännischen Korporationen) auf Grund des § 42 Abs. 1 des Handelskammergesetzes vom 19. August 1897 (GesS. 355) „öffentlich angestellten und beeideten Gewerbetreibenden der im § 36 der Reichsgewerbe-Ordnung bezeichneten Art"; dagegen fallen nicht mehr unter jene Kategorie die von den Gerichten auf Grund des § 86 Satz 1 des preuß. AusfGes. zum GerVerfGes. (Fassung vom 21. September 1899) „im allgemeinen beeidigten" Sachverständigen der Prozeßgesetze (ZPO. § 410 Abs. 2, StrPrO. § 79 Abs. 2), weil diese sog. gerichtlichen Sachverständigen zufolge Just.Min.Verf. vom 5. Februar 1900 §§ 5 und 11 (Just.Min.Bl. 48) durch ihre Beeidigung „die Eigenschaft eines öffentlich bestellten Sachverständigen nicht erlangen". Riesenfeld, Anstellung von Handelssachverständigen, Berlin 1901, 36, 68—84.

**§§ 439, 470.** Vgl. § 61 Abs. 4—6, § 91 der EVO., Art. 12 Abs. 4, Art. 45 Abs. 3 und 4 JÜ. Vgl. das zu § 414 Angeführte auch hierher.

Die im § 470 Abs. 2 HGB. (§ 61 Abs. 6 und § 91 Abs. 3 VO., Art. 12 Abs. 4 und Art. 45 Abs. 4 JÜ.) vorgesehene Hemmung der Verjährung gilt nur für die Ansprüche gegen die Eisenbahn, nicht für die Ansprüche der Eisenbahn. Eger, VO. (2) 579, Reindl, Egers eisenb. E.u.A., Anlageheft II 11. Der Tag der Einreichung der Reklamation (schriftlichen Anmeldung des Anspruchs) wird in die Verjährungsfrist nicht mit eingerechnet, dagegen nach § 470 Abs. 2 HGB., § 91 Abs. 3 VO. und Art. 45 Abs. 4 JÜ. der Tag der Zustellung des abschlägigen Bescheids. Reindl, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **99** 550 Ziff. 9 und Egers eisenb. E.u.A., Anlageheft II 18 Anm. 2, Eger, VO. (2) 580 und JÜ. (2) 580 und 581. Dagegen wird nach § 61 Abs. 6 VO. der Tag der Zustellung des abschlägigen Bescheids ebenfalls nicht in den Lauf der Verjährungsfrist eingerechnet. Eger VO. (2) 580.

Unter der „Eisenbahn", bei der zur Herbeiführung einer Hemmung der Verjährung der Anspruch schriftlich angemeldet werden muß, ist im Falle des § 470 Abs. 1 (§ 61 Abs. 4 VO., Art. 12 Abs. 4 JÜ.) diejenige Bahn, welche die zu viel berechneten Gebühren eingehoben hat, sonst eine der im § 469 Abs. 1 HGB., § 74 Abs. 3 VO. und Art. 27 Abs. 3 JÜ. genannten drei Bahnen zu verstehen. Reindl, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **99** 549 und 550 Ziff. 5 und 9, Reindl, Int. Üb., Egers eisenb. E.u.A., Anlageheft II 18. Dagegen Eger, VO. (2) 345, 579 und Eger, JÜ. (2) 581.

Die im § 53 der Verkehrsordnung vorgesehenen Frachtzuschläge gehören nicht zu den im § 470 Abs. 1 HGB. (§ 61 Abs. 4 VO.) vorgesehenen Ansprüchen und verjähren daher nicht binnen eines Jahres. **RG. 47** 34. Das Nähere hierüber s. bei § 426 sub. Ziff. 3.

**§ 440.** Vgl. Art. 21 JÜ. 1. Die gerichtliche Geltendmachung wird nicht nur durch Klage, sondern auch durch den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen

Verfügung bewirkt. Die Frist von 3 Tagen ist gewahrt, wenn innerhalb dieser Zeit der letztere Antrag bei Gericht eingeht. KGBl. 12 30 (KG.).

2. Der Tag der Ablieferung wird nicht mitgezählt; ist der letzte Tag der Frist ein Sonntag oder Feiertag, so erfolgt die Geltendmachung rechtzeitig am nächstfolgenden Werktage (§§ 187 und 193 BGB.). Staub 1541 Anm. 8.

3. Der Frachtführer erwirbt ein Pfandrecht an den ihm zum Transporte übergebenen Gegenständen auch dann, wenn der Absender nicht Kaufmann ist und daher nicht im Betriebe seines Handelsgeschäfts gehandelt hat. Das Pfandrecht des Frachtführers entsteht bereits mit der Empfangnahme des Gutes zum Zwecke des Transports; es besteht auch dann, wenn der Frachtführer nachträglich erfährt, daß ein Dritter Eigentum an dem Frachtgute habe; denn diese nachträgliche Kenntnis ist für den Bestand des einmal in gutem Glauben erworbenen Pfandrechts ohne Bedeutung. OLG. 6 97 (Kiel).

4. Das kaufmännische oder zivilrechtliche Retentionsrecht nach § 369 HGB. bzw. §§ 273 ff. BGB. steht, wenn seine Voraussetzungen vorliegen, dem Frachtführer neben dem gesetzlichen Pfandrechte nach § 440 HGB. zu. Staub 1542 Anm. 13.

5 Das im § 440 Abs. 3 HGB. dem Frachtführer eingeräumte dreitägige Folgerecht gilt für den internationalen Eisenbahnfrachtvertrag nach Art. 21 des IÜ. nicht. Gerstner, Der neueste Stand rc. 92.

**§ 441.** 1. Vgl. §§ 62 u. 66 Abs. 4 EVO., Art. 21 Internat. Übereinkommen.

2. OLG. Posen, SeuffA. 58 181: Durch die Erhebung der Nachnahme seitens der Bahnverwaltung wird der Absender befriedigt. Die Zahlung des Nachnahmebetrags an die zur Empfangnahme vom Absender bevollmächtigte Bahnverwaltung vertritt völlig die Zahlung an den Absender selbst. Mit dem Zeitpunkte der Einzahlung der Nachnahme an die Bahnverwaltung ist also die Schuld des Adressaten gegen den Absender bereits getilgt. Wenn demnach die Nachnahme von der Eisenbahn zu spät an den Absender ausgezahlt wird und der Absender inzwischen den Adressaten auf Bezahlung des Kaufpreises verklagt, so hat der Absender die Prozeßkosten zu zahlen.

3. Träger des Pfandrechts ist der einzelne Frachtführer; sein Pfandrecht geht nicht dadurch unter, daß das Gut in den Besitz eines nachfolgenden Frachtführers oder Spediteurs gelangt, und dauert auch noch 3 Tage nach der Ablieferung fort, wie das Pfandrecht des letzten Frachtführers; der letzte Frachtführer macht das Pfandrecht geltend kraft gesetzlicher Vollmacht; im Falle der Befriedigung des Vormanns gehen dessen Forderung und Pfandrecht auf den Nachmann, der den Vormann befriedigt hat, kraft gesetzlicher Zession über, jedoch beurteilen sich die rechtliche Kraft, die Priorität und die Art der Geltendmachung der Befugnisse nicht aus der Person des letzten Frachtführers (des gesetzlichen Zessionars), sondern der Person des Vormanns. Staub 1543 Anm. 2 u. 5. A. M. für das Internat. Übereinkomm. Gerstner, Der neueste Stand rc. 91, 92, der als Träger des Pfandrechts nicht jede einzelne der am Transporte beteiligten Eisenbahnen für ihre eigenen Forderungen ansieht, sondern „die Eisenbahn", d. h. im Sinne der Artt 1, 5, 27, 20—23 des Übereinkomm. die Gemeinschaft der befördernden Bahnen und zwar für die gesamten auf dem Gute haftenden Beträge. Eine gesetzliche Vollmacht zur Ausübung des Pfandrechts im Namen der Transportgemeinschaft ist in Art. 21 des Internat. Übereinkomm. der letzten Frachtführerin (Eisenbahn) nicht erteilt; der Natur der Sache nach wird sie aber die Ausübung regelmäßig zu betätigen haben, da ihr gemäß Art. 20 des Internat. Übereinkomm. die Einziehung der Forderungen, für die das Pfandrecht besteht, obliegt. Gerstner a. a. O. 91, 92.

Nach § 441 HGB. erstreckt sich das Pfandrecht auf alle durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen, während dies nach Internat. Übereinkomm. nur insoweit der Fall ist, als die Forderungen aus dem Frachtbriefe hervorgehen. Gerstner a. a. O. 92; dagegen Eger, JÜ. (2) 340.

**§ 443.** Bei Konkurrenz dieser gesetzlichen Pfandrechte mit anderen Pfandrechten kommen die Grundsätze des bürgerl. Rechtes bzw. der Konkursordnung zur Anwendung; auch handelt § 443 nicht von der Konkurrenz mehrerer Retentionsrechte unter sich oder von der Konkurrenz zwischen Retentionsrecht und Pfandrecht. Staub 1546.

**§§ 444, 445.** Der Ladeschein (im Gegensatze zum Frachtbriefe, der nur Beweisurkunde ist) ist ein Verpflichtungsschein, durch den sich der Frachtführer zur Aushändigung des Gutes verpflichtet. OLG. **6** 96 (KG.).

**§ 445.** Ziff. 6. Die Unterlassung der Angabe des Merkzeichens verpflichtet den Spediteur zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens. OLG. 2 82 (Hamburg). Vgl. auch zu §§ 426 u. 408.

**§ 447.** Der Ladeschein mit dem Vermerk: „an die Adresse des Herrn N. N." ist kein Orderpapier. — War mit diesem Vermerk ein Blankopapier beabsichtigt, aber nicht zur rechtlichen Existenz gelangt, so kann der Rechtsakt nicht als Zession aufgefaßt werden. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **00** 314, 315.

**§ 450.** 1. Die Aushändigung des Ladescheins steht nicht der Aushändigung des Frachtbriefs gleich. Frachtbrief und Ladeschein sind zwei wesentlich verschiedene Urkunden, die einander nicht ersetzen, sondern durchaus unabhängig nebeneinander hergehen. Der Ladeschein ist ein Verpflichtungsschein, durch den sich der Frachtführer zur Aushändigung des Gutes verpflichtet (§ 444), der Frachtbrief dagegen eine Beweisurkunde über den Inhalt des Frachtvertrags, welche vom Absender ausgestellt wird und dadurch diesen, durch die Annahme aber alsdann auch den Frachtführer bindet. Hiernach steht die Aushändigung des Ladescheins nicht der des Frachtbriefs gleich, selbst wenn der Ladeschein an den Empfänger durch den Schiffer ausgehändigt ist. OLG. **6** 96 (KG.).

2. Die Annahme des Ladescheins ist noch keine Annahme der Ware im Sinne des § 436. Denn § 450 bestimmt, daß die Übergabe des Ladescheins für den Erwerb von Rechten an dem Gute dieselben Wirkungen hat wie die Übergabe des Gutes selbst, mit anderen Worten, daß durch die Übergabe des Ladescheins Eigentum erworben wird so, als wenn das Gut körperlich übergeben wäre. Dagegen wird der Gewahrsam am Gute durch die Übergabe des Ladescheins nicht berührt; der Gewahrsam bleibt vielmehr dem Frachtführer so lange, bis das Gut vom berechtigten Empfänger angenommen ist, und alsdann erst entsteht, wenn außerdem der Frachtbrief angenommen ist, die obligatorische Verpflichtung des Empfängers zur Zahlung der Fracht. OLG. **6** 97 (KG.).

3. Der Besitzer des Ladescheins ist zwar nicht aus dem Ladescheine, wohl aber als Empfänger zur Zahlung der Frachtkosten verpflichtet. OLG. Frankfurt, FrankfRundsch. **01** 85.

**§ 452.** 1. Der mit der Post abgeschlossene Transportvertrag ist locatio conductio operis; für denselben sind maßgebend zunächst das Postgesetz sowie die Postordnung, sodann die Bestimmungen des BGB; die Bestimmungen des HGB. sind für den Postbeförderungsvertrag ausgeschlossen sowohl hinsichtlich der Güter wie auch der Personenbeförderung. Dambach-Grimm, Gesetz über das Postwesen des D. Reichs 4—9.

2. Auch der Posthalter ist nicht Frachtführer, da er die Transportleistung nicht als selbständiger Gewerbetreibender, sondern nur im Dienste der Post leistet. RG. Gruchots Beitr. **44** 1077; SeuffA. **55** 425; R. **00** 495; JW. **00** 395.

## Siebenter Abschnitt.

## Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen.

**§ 453.** 1. Vgl. Eingangsbestimmungen zur EVO. u. § 6 EVO., Art. 5 Internat. Übereinkommen.

2. Die Rechtsgültigkeit der Eisenbahn-Verkehrsordnung vom 26. Okt. 1899 wird von Laband, DJZ. **00** 509, Deutsches Staatsrecht (4) III 123, 124 verneint, da sie nach dem neuen Handelsgesetzbuche (§§ 453, 454, 471) die Bedeutung einer Rechtsverordnung erlangt habe, zur Erlassung einer Rechtsverordnung aber der Bundesrat nur auf Grund einer formell-gesetzlichen Delegation zuständig sei, welche aber nicht vorliege. Gegen Laband: Reindl, Egers eisenb. E.u.A. **17** 77; ferner G., Reindl u. Großmann, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **00** 1537, **01** 66 u. 549; Harburger u. Kaufmann, DJZ. **01** 59 u. 185; Arndt, Preuß. Jahrbücher **01** 323 ff.; Goez, WürttZ. **13** 122; Scherer, JW. **02** 57. — Bornhak, PreußVerwBl. **22** 188, ist zwar mit Labands Ausführungen einverstanden, bestreitet aber der neuen VO. auch den Charakter als Rechtsnorm und hält sie nach wie vor als nicht revisible Vertragsfestsetzung.

3. Die Befugnis zur Erlassung der Eisenbahn-Verkehrsordnung steht, da dieselbe eine Rechtsverordnung ist und durch formelles Gesetz eine andere Behörde zu ihrer Erlassung nicht delegiert ist, nur dem Bundesrate zu. Der letztere ist nicht berechtigt, diese seine Kompetenz ganz oder teilweise an eine andere Behörde, z. B. an das Reichseisenbahnamt, zu übertragen, wie dies durch Abs. 2 der Eingangsbestimmungen zur Eisenbahnverkehrsordnung geschehen ist. Reindl, Egers eisenb. E.u.A. **17** 75—80. Ebenso Eger, VO. (2) 9, Hertzer, Komm. 2.

4. Ein zivilrechtlicher Anspruch darauf, daß „die regelmäßigen Transportmittel" überhaupt in einer den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechenden Anzahl jederzeit vorhanden sind, ist durch § 453 HGB. nicht eingeräumt; der Mangel dieser Beförderungsmittel bildet vielmehr lediglich Grund zum Einschreiten der Aufsichtsbehörde. Reindl, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **97** 1045; für das Internat. Recht Gerstner, Der neueste Stand 2c. 40; dagegen Eger, VO. (2) 24; Staub 1556 Anm. 10; Eger IÜ. (2) 77.

5. Die gesetzliche Transportpflicht über das eigene Bahngebiet hinaus (§ 453 HGB., Artt. 1 u. 5 IÜ.) bedingt Übergang der Wagen der einen Bahn auf die andere.

Die rechtliche Natur dieser Wagenmiete untersucht Hölzel bei Eger, eisenb. E.u.A. **16** 345, **17** 176 und gelangt zu folgendem Ergebnisse:

Der Übergang der Eisenbahnwagen von einer Bahn zur anderen ist unentbehrlich zur Durchführung eines direkten Verkehrs. Eine allgemeine gesetzliche Verpflichtung dazu ist erst durch das internat. Frachtübereinkommen (Artt. 1 u. 5 und Schlußprotokoll) geschaffen; noch HGB. von 1861 § 422 anerkannte nur eine Verpflichtung zum Transport auf der eigenen Strecke.

Im Gegensatze zu dem aus England stammenden Gedanken im § 45 des preuß. EisGes. von 1838 kam die Rechtsauffassung zur Geltung, daß der den Motor liefernde Frachtführer eine Vergütung zu leisten schuldig sei für das ihm eingeräumte Recht, den Wagen auf seine eigenen Linien übernehmen und ohne Umladung befördern zu dürfen. Aus diesem erst vertraglich begründeten Rechte entwickelte sich ein Satz des objektiven Rechtes und die weitere Folge, daß dem Frachtführer außer seiner Verpflichtung noch ein vertragsmäßig beschränktes Verfügungs- und Benutzungsrecht zugestanden wurde.

Der Wageneigentümer leiht also seinen Wagen dem Frachtführer und erhält als Gegenleistung entweder einen anderen Wagen, wodurch der Wagen-

übergang zum reinen Naturaltausche wird, der bei den russischen Bahnen regelmäßig, bei den deutschen Bahnen u. a. für Personenwagen im Gebrauch ist, oder ein Entgelt, die Eisenbahnwagenmiete. Die Höhe derselben wird vertraglich festgesetzt und sie hat mehr den Charakter einer Gebühr denn eines auf- und absteigenden Marktpreises; sie ist aber nicht ein für die durchfahrene Strecke zu entrichtendes Bahngeld, sondern eine vom Frachtführer an den Wageneigentümer zu entrichtende Gebühr, für welche ersterer in den Frachtanteilen Deckung findet.

Es handelt sich beim Wagenübergang also um eine zweiseitige Obligation, die Meili, Recht der mod. Verk.-Anst. 1388, als eine locatio conductio rei definiert, während das schweiz. Bundesgericht (Entsch. **19** 751) in einem Falle ein „frachtähnliches Verhältnis" annahm. Beide Definitionen sind ungenügend, da Sachmiete im engeren Sinne nur Gebrauch ohne Fruchtgenuß erlaubt und andererseits die Eisenbahnwagen, auch wenn sie zum Geleise in einem Abhängigkeitsverhältnisse stehen, doch nicht als Immobilien betrachtet werden können, vielmehr durch Namen und Nummer genau bezeichnete und unterscheidbare, also nicht vertretbare Sachen sind. Ferner ist vertragsmäßig jede Beschädigung — abgesehen von Vorsatz, Fahrlässigkeit und Verschulden Dritter — zu betrachten als im Verlauf eines ordnungsmäßigen Gebrauchs entstanden, es hat aber trotzdem der jeweilige Frachtführer jeden den Betrag von 40 M. übersteigenden Schaden zu tragen, ohne Rücksicht auf die Ursache der Beschädigung. Ausgenommen sind nur diejenigen Beschädigungen, die ein Auswechseln der Achsen und Räder nötig machen, die der Wageneigentümer auf eigene Kosten zu liefern hat.

Die normalen zivilrechtlichen Liberierungsgründe des Mieters sind also bis zu einem gewissen Schadensquantum vertraglich ausgeschlossen. Unter Berücksichtigung dieser Ausnahmen wäre der Begriff der reinen Sachmiete anwendbar. Doch sind dieselben so wesentlich, daß es zutreffender erscheint, die Eisenbahnwagenmiete als eine locatio conductio rei sui generis zu definieren.

6. Streitig ist, ob die Forderungen für Wagenmiete und Wagenausbesserung der in Art. 23 Abs. 4 des IntÜb. vorgesehenen Beschränkung hinsichtlich des Arrestes und der Pfändung unterliegen. Bejahend: Schiedsspruch des Zentralamts für den internat. Eisenbahntransport in Bern, Ztschr. f. d. intern. Eisenbahntransport **8** 83 und OLG. Breslau, Ztschr. d. Ver. d. EisVerw. **00** 860 sowie Gerstner, Der neueste Stand 2c. 94; verneinend: Ztg. d. Ver. d. Eis. Verw. **00** 503 und Reindl, ebenda 594 sowie Eger, IÜ. (2) 360.

**§ 456.** Vgl. § 75 EVO.; Art. 30 IÜ. u. § 429 oben.

1. Der § 456 entspricht im wesentlichen dem Art. 395 alten HGB. Die daselbst neben der Einrede der höheren Gewalt aufgeführten Haftbefreiungsgründe gestatten es, auf die Natur der höheren Gewalt Schlüsse zu ziehen. Die im § 459 HGB. enthaltenen Einzelfälle, in welchen die Eisenbahn nicht haftet, fallen sämtlich unter den sog. Begriff der höheren Gewalt (vgl. § 203 BGB.). Daraus folgt, daß das HGB. unter höherer Gewalt nicht den subjektiven Begriff versteht, denn sonst wäre § 459 überflüssig. Knauer, Höhere Gewalt im Reichsrechte (Diss.) 13ff., 57, 28ff., 58.

2. Begriff der höheren Gewalt. (Vgl. auch zu § 203 BGB. u. Ziff. 5 zu § 701 BGB., sowie o. zu 1.)

a) OLG. Darmstadt, HessRspr. **1** 65ff. Die verschiedenen Ansichten werden dargelegt und als richtig bezeichnet, daß höhere Gewalt nur ein außerhalb des Betriebs der Verkehrsunternehmung entsprungenes, durch Hineinwirken in diesen Betriebskreis Schaden verursachendes Ereignis sei, und daß dieses Ereignis nach menschlicher Einsicht nicht vorauszusehen, sowie in seinem Eintritt und in seinen Wirkungen durch Vorkehrungen nicht abzuwenden sei, soweit solche zu dem zu er-

reichenden Erfolge nach den Verkehrsanschauungen in vernünftigem Verhältnisse ständen. (Vgl. Grünhuts Z. **10** 534ff. Egers eisenb. E.u.A. **4** 238, AzivPr. **78** 297, Gruchots Beitr. **37** 744, **28** 1096).

b) Unter Umständen kann auch ein Ereignis, welches sich im Eisenbahnbetriebe selbst und sogar im Innern eines Eisenbahnwagens zugetragen hat (Selbstentzündung eines mit Explosivstoff gefüllten Frachtguts, von dessen Inhalt die Eisenbahn keine Kenntnis hatte), als höhere Gewalt angesehen werden. In solchem Falle ist aber die Annahme höherer Gewalt ausgeschlossen — auch wenn die Eisenbahn den gefährlichen Inhalt des Frachtguts nicht gekannt hat —, falls die Eisenbahn durch eine falsche Verladeweise des Frachtguts, also durch Verschulden, dazu beigetragen hat, daß die Explosion tatsächlich eintrat. **RG.** Puchelts Z. **32** 641.

3. Äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung:

a) Lockerung der Reifen und Dauben neuer Fässer während des Transports gehört zu den äußerlich nicht erkennbaren Mängeln der Verpackung, für welche die Eisenbahn nicht haftet. Ein solcher Schaden ist also nicht auf gewöhnliches Schweißen, sondern auf außergewöhnliche Leckage zurückzuführen. LG. Mülhausen, Egers eisenb. E.u.A. **18** 230.

b) Sache des Frachtführers ist es, zu prüfen, ob die Verpackung des Gutes nach Maßgabe der mit der Transportart verbundenen Gefahren als eine ausreichende Sicherheit erscheint. Seine Pflicht findet ihre Grenzen darin, daß ihm nur eine äußere Untersuchung zusteht und obliegt; aber diese muß sorgfältig geschehen. Soweit sie bei Beachtung der im Transportgewerbe gemachten Erfahrungen zur Annahme führen muß, daß die Verpackung eine ausreichende Sicherheit nicht bietet, kann der darin liegende Mangel als ein äußerlich erkennbarer nicht gelten. **RG.** Egers eisenb. E u.A. **19** 193.

c) Die Haftung der Eisenbahn bei äußerlich nicht erkennbarer Mangelhaftigkeit der Verpackung ist auch dann ausgeschlossen, wenn der entstandene Schaden nicht unmittelbar durch sie, sondern durch einen hinzutretenden Zufall entstanden ist, der bei gehöriger Verpackung keinen oder doch einen geringeren Schaden verursacht haben würde. OLG. Frankfurt, R. **03** 268.

4. Das Verschulden muß allein auf seiten des Verfügungsberechtigten liegen; bei konkurrierendem Verschulden haftet die Eisenbahn, da ihr der Exkulpationsbeweis nicht gelungen ist. Staub (7) 1562 Anm. 14γ, dagegen Eger, VO. (2) 487 und Reindl, Ztg. d. Ver. d. EV. **98** Nr. 82, die die zivilrechtlichen Grundsätze über konkurrierendes Verschulden für maßgebend halten.

5. Für die richtige Zustellung des Avisos über ein angekommenes Gut durch die Post haftet die Eisenbahn nicht. Die Bahn hat ihre Verpflichtung zur Verständigung des Adressaten damit erfüllt, daß sie die schriftliche Nachricht von der Ankunft des Gutes für den Empfänger zur Post gegeben hat. Wenn der Empfänger das Aviso nicht erhält, so liegt nicht ein Verschulden der Bahn sondern der Post vor, und es kann daher jene nicht für schadensersatzpflichtig erklärt werden. Ztschr. f. d. intern. Eisenbahntransport **5** 512. (Vgl. Bem. bei § 68 E.V.O.)

6. Wie im allgemeinen Frachtrechte, so liegt auch im Sinne des internationalen Frachtübereinkommens „Verlust" des Frachtguts dann vor, wenn der Frachtführer, hier also die Eisenbahn, außerstande ist, das Gut bestimmungsgemäß auszuhändigen und der vertragsmäßigen Ablieferungspflicht zu genügen, einerlei, worin dieses seinen Grund hat (ROHG. **4** 14, **15** 30) Aushändigung an einen nicht legitimierten Empfänger ist, falls die Bahn das Gut nicht wieder zur Stelle schafft, „Verlust". **RG.** R. **02** 618.

**§ 457.** Vgl. §§ 80 und 83 EVO., Artt. 30 und 37 JÜ.

I. 1. Bei Beschädigung eines Gutes ist der Minderwert zu ersetzen, den die Ware an ihrem Handelswerte, nicht lediglich der Minderwert, den sie an ihrem faktischen Gebrauchswert erlitten hat; eine Entschädigung kann daher auch dann gegeben sein, wenn die Sendung an Gebrauchswert nicht eingebüßt, aber infolge der erlittenen Beschädigung als Handelsware nicht mehr so leicht verkäuflich ist. LG. München, Ztg. d. Ver. d. EV. **02** 463.

2. Höhe der Entschädigung ist bei Verlust nach deutschem und internat. Rechte übereinstimmend festgesetzt, bei Beschädigung ist nach deutschem Rechte „Minderung des für den Fall des Verlustes zugrunde zu legenden Wertes", nach internationalem Rechte „ganzer Betrag des Minderwerts des Gutes" zu ersetzen. Berechnung des Minderwerts nach deutschem Rechte entweder: unmittelbar durch Feststellung des Wertes, den das Gut in beschädigtem Zustand am Absendungsorte zur Zeit der Annahme gehabt haben würde, und Abziehung dieses Wertes von dem Werte des unbeschädigten Gutes am gleichen Orte und zu gleicher Zeit unter Berücksichtigung des verhältnismäßigen Teiles der Fracht und sonstigen Kosten; oder: mittelbar durch Feststellung des Wertes des unbeschädigten und des beschädigten Gutes am Ablieferungsort und Reduzierung der sich hieraus ergebenden Differenz in dem Verhältnisse des Wertes des unbeschädigten Gutes am Ablieferungsorte zu dem Werte des unbeschädigten Gutes am Absendungsort unter Berücksichtigung des verhältnismäßigen Teiles der Fracht und sonstigen Kosten. Denkschrift zum Entw. des HGB. 534, 535. Dagegen Eger VO. (2) 535 und ferner gegen diese Berechnungsweise Reindl, Speditions- und Schiffahrtszeitung **98** 492 und Gorden, Egers eisenb. E.u.A. **14** 179, 180, sowie Hertzer, Komm. 145.

Berechnung des Minderwerts nach internationalem Rechte nur unter Zugrundelegung von Ort und Zeit des Empfanges: Gerstner, Der neueste Stand 2c. 110. Dagegen Eger, JÜ. (2) 515 und Muschweck, Egers eisenb. E.u.A. **12** 270, welch' letzterer Berechnung nach Verhältnis des Wertes am Versandorte zu dem am Empfangsorte wie nach deutschem Rechte vertritt.

II. Für die Entscheidung der Frage, wie es sich mit dem Anspruche der Eisenbahn auf Entrichtung der Fracht bei unterwegs eintretendem Untergange des Gutes handelt, stellt Reindl, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **03** 1233 folgende Grundsätze auf:

1. Für das deutsche Recht:

a) Hat die Eisenbahn für den unterwegs eingetretenen Untergang oder Verlust des Gutes gemäß § 457 zu haften, so kann sie die Fracht weder ganz noch teilweise beanspruchen.

b) Hat sie jedoch nicht zu haften, so kann sie die Fracht weder ganz noch teilweise in dem Falle beanspruchen, wenn der Untergang oder Verlust durch höhere Gewalt oder durch eine der im § 459 HGB. (§ 77 EVO.) genannten, in ihren Wirkungen nicht auf Verschulden des einen oder anderen Vertragsteils, also auf Zufall zurückzuführenden besonderen Transportgefahren — ausgenommen jedoch Mangel oder die mangelhafte Beschaffenheit der Verpackung und eigentümliche natürliche Beschaffenheit des Gutes — herbeigeführt wurde (§ 644 Abs. 1 BGB.).

c) Ist der Untergang oder Verlust auf die eigentümliche natürliche Beschaffenheit des Gutes oder auf den — nicht ein Verschulden des Absenders darstellenden — Mangel, bzw. die mangelhafte Beschaffenheit der Verpackung zurückzuführen, so kann die Eisenbahn den der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Fracht, also die Fracht bis zur betreffenden Unterwegsstation beanspruchen (§ 645 Abs. 1 BGB.).

d) Ist der Untergang bzw. Verlust eingetreten infolge einer nicht von der Eisenbahn verschuldeten Anweisung des Absenders, so kann die Eisenbahn — vorausgesetzt, daß die erteilte Anweisung nicht ein Verschulden des Absenders involviert — den der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Fracht — wie im Falle c — verlangen (§ 645 Abs. 1 BGB.).

e) Ist die Unmöglichkeit der vollständigen Ausführung des Transports auf ein Verschulden des Absenders zurückzuführen, so ist der Anspruch der Eisenbahn auf die volle Gegenleistung, also auf die volle Fracht von der Abgangs- bis zur Bestimmungsstation gerechtfertigt (§ 645 Abs. 2 und § 324 Abs. 1 Satz 1 BGB.).

2. Für das internationale Recht:

a) Hat die Eisenbahn für den Untergang oder Verlust des Gutes zu haften, so gilt das gleiche wie im Falle 1 a.

b) Hat sie wegen Verschuldens des Absenders nicht zu haften, so gilt auch hier das im Falle 1 e Gesagte.

c) Hat sie dagegen aus einem anderen als dem in b genannten Grunde nicht zu haften, so hat sie, gleichviel worin der Grund der Nichthaftung beruht, keinen Anspruch auf die — ganze oder teilweise — Fracht.

**§ 458.** Vgl. §§ 9 und 37 EVO.

Im Allgemeinen:

Eger in eisenb. E.u.A. **17** 366: Die Haftung der Eisenbahn für ihr Personal.

Im besonderen:

1. Nach § 37 EVO. erstreckt sich die Haftung der Eisenbahn nur auf das Befördern des Reise- und Handgepäcks durch die Gepäckträger von und nach den Zügen, Abfertigungsstellen ꝛc. innerhalb des Stationsbereichs. Für andere vom Gepäckträger übernommene Vertragsleistung, wie z. B. für Aufbewahren von Handgepäck oder für die Beförderung nach der außerhalb des Stationsbereichs liegenden Wohnung des Reisenden haftet die Bahnverwaltung nach § 37 EVO. nicht; der Gepäckträger tritt hier als selbständiger Gewerbetreibender auf, der dem Reisenden allein haftet. OLG. **7** 154 (Kiel), SeuffA. **58** 360. (Vgl. auch Ziff. 2a zu § 688 BGB.).

2. Die Gepäckträger, welche auf Verlangen der Reisenden deren Reise- und Handgepäck innerhalb des Stationsbereichs nach und von den Wagen, Abfertigungsstellen ꝛc. verbringen, sind bei Ausführung dieser Tätigkeit nicht Leute der Eisenbahn im Sinne des § 9 der EVO., sondern selbständige Frachtführer im Sinne des § 425 des HGB. und haften für die Ausführung dieses Transports solidarisch mit der Eisenbahn. Reindl, Egers eisenb. E.u.A. **17** 362. Dagegen Eger, Komm. zur EVO. (2) 171, soweit von Reindl Solidarhaftung behauptet ist, und Hertzer, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **01** 356 sowie Gorden, Egers eisenb. E.u.A. **17** 378 und **18** 182, soweit die Eigenschaft der Gepäckträger als „Leute der Eisenbahn" von Reindl bestritten wird. Nach Gorden a. a. O. bildet der „Stationsbereich" die örtliche Grenze der Haftpflicht der Eisenbahn für alle Verlust- oder Beschädigungsfälle des Reisegepäcks. Innerhalb dieses Bezirks haftet die Eisenbahn allein für Verschulden der von ihr bestellten Gepäckträger. Für nur zugelassene Gepäckträger übernimmt sie keine Ersatzverbindlichkeit. Die Beförderung des nicht aufgegebenen Reisegepäcks ist dem Transporte des zur Beförderung aufgegebenen Gepäcks gleichgestellt, soweit der Transport durch bestellte Gepäckträger erfolgt. Die bestellten Gepäckträger gelten als „Leute" der Eisenbahn i. S. des § 9 VO. Die Eisenbahn kann tarifarisch ihre Haftpflicht beschränken, soweit es sich um Verlust oder Beschädigung des Reisegepäcks im Stationsbereiche handelt. Geht ein Transport

über den Stationsbereich hinaus, so liegen zwei Verträge vor: Beförderungsvertrag

a) bis zum Stationsbereiche,

b) innerhalb des Stationsbereichs.

Für den ersten Vertrag ist der Gepäckträger Gegenkontrahent des Reisenden und ihm für den Verlust oder die Beschädigung des Reisegepäcks verantwortlich. Für den zweiten Vertrag ist die Eisenbahn Vertragsgegnerin und dem Reisenden bei Schadensfällen allein haftbar. Gegen diese Unterscheidung von „bestellten" und „nur zugelassenen" Gepäckträgern hinwiederum Reindl, Egers eisenb. E.u.A. **19** 81, der seine frühere Auffassung in **17** 362 noch ausführlicher begründet, und gegen Reindl nochmals Gorden, AöffR. **02** 413, wo derselbe die ursprünglich von ihm auf § 458 HGB. und § 92 EVO. gestützte Rechtsgültigkeit des § 37 EVO. überhaupt in Zweifel zieht. Vgl. für das Recht vor 1900 oben zu § 425.

3. Die Haftung eines Rollfuhrunternehmers, der nach einem mit der Eisenbahn geschlossenen Vertrage die Fracht- und Eilgüter an die Adressaten abzuliefern hat, aus § 833 BGB. in dem Falle, daß er ein Gut von der Eisenbahn an den Adressaten befördert, unterwegs die Pferde durchgehen, das Gut hierdurch von dem Wagen geschleudert und beschädigt wird, wird durch § 458 HGB. nicht ausgeschlossen; diese Bestimmung regelt nur die Haftung der Eisenbahn für ihre Leute und andere Personen, deren sie sich bei der Ausführung der Beförderung bedient, läßt aber die Haftung solcher Personen für außervertragliche Schadenszufügungen unberührt. OLG. **3** 25 (Stettin).

4. Aus der Erteilung einer unrichtigen Auskunft seitens eines Beamten erwächst keine Haftung für den Staat, wenn dem Beamten keine amtliche Pflicht auferlegt ist, die Beteiligten entsprechend zu belehren oder ihnen die erbetene Auskunft zu erteilen. OLG. Colmar, Egers eisenb. E.u.A. **18** 333.

**§ 459.** Vgl. § 31 und § 77 EVO., Art. 31 IÜ.

1. Haftung der Eisenbahn bei Beförderung in offenem Wagen ist ausgeschlossen, wenn das Gut auf unaufgeklärte Weise in Brand gerät und zwar auch dann, wenn die besondere Feuergefährlichkeit nicht dem Gute selbst, sondern nur der Emballage anhaftet. Reindl, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **02** 168.

2. Glasballons, in denen eine Flüssigkeit aufgegeben wird, sind nicht als Verpackung, sondern als Bestandteil des Gutes anzusehen und gehören zu den der besonderen Gefahr des Bruches ausgesetzten Gütern. Die Bestimmung im § 459 Abs. 3 erfordert den strikten Beweis des Kausalzusammenhanges zwischen dem Verschulden und dem eingetretenen Schaden. LG. München, Egers eisenb. E.u.A. **18** 159.

3. Die unbeanstandete Annahme des mit dem Vermerk „unverpackt oder mangelhaft verpackt" versehenen Gepäckscheins gilt als Anerkenntnis dieses Zustandes durch den Reisenden und genügt, um die Haftung der Eisenbahn für den Schaden auszuschließen, der aus der mit dem Mangel oder mit der mangelhaften Beschaffenheit der Verpackung verbundenen Gefahr entstanden ist. Reindl, Egers eisenb. E.u.A. **17** 361.

4. Beim Transporte lebender Tiere gehören unruhige Bewegungen derselben beim Rangieren zu den besonderen Gefahren, für deren Folgen die Eisenbahn nicht haftet. Die Ansicht, die Eisenbahn habe nur die Gefahr nicht übernommen, die mit dem regelmäßigen Betriebe der Beförderung lebender Tiere verbunden sei, hafte dagegen für die in einem ungewöhnlich starken Rangierstoße liegende Gefahr, findet im Wortlaute des Gesetzes keine Stütze, und es kommt in Betracht, daß auch einem solchen außergewöhnlichen Betriebsereignisse gegenüber lebende Tiere weniger widerstandsfähig sind als andere Beförderungsgegenstände. OLG. Stuttgart, DJZ. **01** 487.

5. Für Eisengußwaren, die unverpackt versendet werden, ist die Haftung der Eisenbahn nach § 77 Abs. 1 Ziff. 2 EVO. ausgeschlossen, und zwar auch dann, wenn neben der nicht zu vertretenden Gefahr andere Ursachen für die Beschädigung konkurrierend in Betracht kommen. De lege ferenda würde sich die Übernahme der Haftung für solche unverpackte Eisengußwaren gegen eine bestimmte Vergütung (Versicherungsgebühr) empfehlen. Fuld, Egers eisenb. E.u.A. **19** 170.

6. § 77 Abs. 1 Ziff. 1 und 3 EVO. enthält gegenüber § 459 Abs. 1 Ziff. 1 und 3 HGB. insofern eine Abweichung, als in § 77 a. a. O. auch der auf den Bestimmungen der Verkehrsordnung selbst beruhenden Beförderung in offenem Wagen bzw. Selbstverladung eine von der Haftung befreiende Wirkung beigelegt wird. Diese Abweichung von Eger, VO. (2) 498 und Hertzer, Komm. 137 und 138 im Hinblick auf § 471 HGB. als unzuläſsige Erweiterung der gesetzlichen Haftungsbeschränkung erklärt. Dagegen jedoch Reindl, Bayr. Verkehrsbl. **03** 249.

**§ 460.** Vgl. § 78 EVO., Art. 32 IÜ.

1. Die Bestimmung hat den Zweck, bei solchen Gütern, die regelmäßig infolge ihrer natürlichen Beschaffenheit einen Gewichtsverlust erleiden, der Eisenbahn bis zu dem in der Verkehrsordnung (bzw. den Ausführungsbestimmungen zum Int. Üb.) festgesetzten Normalsatz die ihr sonst nach § 456 HGB. (§ 75 VO., Art 30 IÜ.) obliegende Beweislast zu ersparen; sie schließt aber nicht aus, daß die Haftbefreiung auch für eine über diesen Normalsatz hinausgehende Gewichtsdifferenz in Anspruch genommen werden kann, sofern die Eisenbahn den Nachweis erbringt, daß diese höhere Gewichtsdifferenz nicht auf ein wirkliches Manko, d. h. auf einen Abgang an der Substanz des Gutes, zurückgeführt werden kann. Reindl, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **00** 221. Dagegen hat die Eisenbahn, wenn sie schuldhafterweise das Gewicht gegen Erhebung der tarifmäßigen Wägegebühr unrichtig feststellt, nach allgemeinen Grundsätzen für den Schaden aufzukommen, der hieraus dem Absender oder Empfänger erwächst, z. B. dadurch, daß der Empfänger im Vertrauen auf die Richtigkeit der bahnamtlichen Gewichtsermittelung das Gewicht der Zollbehörde gegenüber falsch angibt und deshalb in eine Zollstrafe verfällt. Reindl a. a. O. 223.

2. Die §§ 460 HGB., 78 EVO. und Art. 32 IÜ. schließen auch nicht aus, daß eine weitere Haftbefreiung als die für den Normalsatz unter Berufung auf § 459 Abs. 1 Ziff. 4 HGB. (§ 77 Abs. 1 Ziff. 4 EVO., Art. 31 Abs. 1 Ziff. 4 IÜ.) von der Eisenbahn in Anspruch genommen wird. Gerstner, Der neueste Stand 2c. 105 Ziff. 2; dagegen Staub 1569 Anm. 1.

**§ 465.** Vgl. § 28, §§ 32, 34 und § 38 EVO.

1. Die Eisenbahn kann die ihr auf Stationen, auf denen amtliche Aufbewahrungsstellen errichtet sind, für das zur Aufbewahrung übergebene Gepäck obliegende Haftung eines Verwahrers nicht ausschließen oder beschränken, da eine solche Beschränkung mit der Verkehrsordnung im Widerspruche stände und daher nach § 471 Abs. 2 des HGB. nichtig wäre. Reindl, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **01** 533 und 932. Dagegen Hertzer in derselben Ztg. **01** 729 und 1117, sowie in seinem Komm. 56 und 57, der gänzliche Ausschließung der Haftung zwar verwirft, aber Beschränkung soweit zulassen will, als sie mit den guten Sitten noch vereinbar sei. Weitergehend als Hertzer: Rundnagel, Egers eisenb E.u.A. **18** 275, der die Haftung der Eisenbahn als Verwahrer bezüglich des Umfanges nicht über den Rahmen der §§ 80 ff. der EVO. hinaus ausgedehnt wissen will und auch eine vertragsmäßige Ausschließung oder Beschränkung der Haftung nicht mit § 138 BGB. unvereinbar hält.

Gorden, AöffR. **17** 413, erklärt die Bestimmung im § 38 EVO., soweit der Eisenbahn die Haftung als Verwahrer für das bei ihr hinterlegte Gepäck auf=

erlegt wird, als Rechtsvorschrift ungültig und legt ihr nur die Bedeutung einer Verwaltungsvorschrift bei. Die Haftung der Eisenbahn richte sich demnach nach § 276 BGB. und könne daher durch Vereinbarung zwischen der Eisenbahn und dem Deponenten selbst bei vorsätzlichem Handeln der mit der Aufbewahrung betrauten Personen ausgeschlossen werden.

2. Haftung der Schlafwagen-Gesellschaft (vgl. auch IDR. 1 Ziff. 4 zu § 701 BGB.).

Streitig ist, ob und wie die Schlafwagengesellschaft für das in die Schlafwagen eingebrachte Gepäck der Reisenden zu haften habe. Fuld, DJZ. **00** 227 ff., nimmt Haftung der Schlafwagengesellschaft als Gastwirt im Sinne der §§ 701 ff. BGB. an; dagegen Ztg. d. Ver. d. EisVer. **00** 692 u. Eger, VO. (2) 160, wonach durch den Vertrag zur Benutzung eines Schlafwagens an der Haftung des Eisenbahnunternehmers nichts geändert werde und die Haftung sich nur nach § 459 Abs. 3 HGB. bzw. § 34 Abs. 6 EVO. für nicht aufgegebenes Gepäck richte.

Nach Reindl, Die Haftpflicht der Schlafwagengesellschaft, Egers eisenb. E.u.A. **18** 367, **19** 88 ist die Schlafwagengesellschaft „Transportunternehmerin"; es liegt ein sog. kombinierter Betrieb zwischen der Eisenbahnverwaltung und der Schlafwagengesellschaft vor; der Reisende schließt nicht einen Transportvertrag mit der Eisenbahn und daneben einen Beherbergungsvertrag mit der Schlafwagengesellschaft ab, sondern mit der Eisenbahn und der Schlafwagengesellschaft einen Vertrag über Beförderung seiner Person, jedoch mit der besonderen Modifikation, daß die Beförderung in einem besonderen, den Anforderungen der Bequemlichkeit in bestimmten Richtungen entsprechenden Zuge zu erfolgen habe. Die Schlafwagengesellschaft haftet daher für das in die Wagen mitgenommene Handgepäck der Reisenden nur nach Maßgabe der einschlägigen reglementarischen Bestimmungen (§ 34 Abs. 6 VO.).

Gegen Fuld auch Brückner, R. **02** 305: Eine Erlaubnis zum Betriebe der Gastwirtschaft gemäß § 33 RGewO. sei von der Schlafwagengesellschaft nicht erbeten und ihr auch nicht erteilt. Für die Haftpflicht der Schlafwagengesellschaft seien drei Arten des Betriebs des Unternehmens zu unterscheiden:

a) Luxuszüge mit dem gesamten erforderlichen Material an Salon-, Speise-, Schlaf- und Gepäckwagen. Es wird ein I. Kl.- und ein Zuschlagsbillet gelöst. Der Reisende gibt sein Gepäck in der gewöhnlichen Weise bei den betr. Eisenbahnverwaltungen auf, welche dafür nach § 465 HGB. haften. Für in die Kupees mitgenommenes Handgepäck haftet die Schlafwagengesellschaft nicht.

b) Nach anderen Verträgen stellt die Gesellschaft in gewisse Nachtschnellzüge Schlafwagen ein, für deren Benutzung außer dem gewöhnlichen I. oder II. Kl.-Billet ein Zuschlagsbillet zu lösen ist. Mit dem Gepäck steht es wie zu a.

c) In gewissen Fällen stellt die Gesellschaft in Tagesschnellzüge Speisewagen ein. In diesen Fällen handelt es sich höchstens um Restaurationsbetrieb, nicht aber um Aufnahme Fremder zur Beherbergung; von einer Haftpflicht nach §§ 701 ff. BGB. kann hier keine Rede sein.

Aber auch in den Fällen a) und b) nicht; denn die Gesellschaft beschafft nur einen Teil des zur Beförderung erforderlichen Materials, welches mit besonderen Bequemlichkeiten versehen ist, und sorgt mit den Eisenbahnverwaltungen für die Beförderung der Reisenden; ihre Tätigkeit ist also Mitwirkung beim Transporte, nicht Beherbergung.

Im Gegensatze zu Reindl u. Brückner sieht Samter, DJZ. **03** 294, in der Platzanweisung durch die Schlafwagengesellschaft die Leistung für einen

Dritten, die Eisenbahnverwaltung, dagegen in der Darbietung jener Bequemlichkeiten, die den Komfort des Reisenden ausmachen (Bettzeug nebst Bedienung, Speisemöglichkeit, Nicht-Umsteigen, Nichtverlassen des Zuges an der Zollgrenze u. a.), die Erfüllung der eigenen Verbindlichkeit der Schlafwagengesellschaft. Diese Leistungen seien aus dem Rahmen des Beförderungsvertrags, in dem sie nur die Rolle des accidentale negotii spielen, durch die Parteien herausgehoben und einem besonderen Vertrage mit besonderen Kontrahenten (Schlafwagengesellschaft) überwiesen worden.

3. Durch den von dem Reisenden für seine Person durch Lösung der Fahrkarte abgeschlossenen Transportvertrag erwirbt derselbe mit Rücksicht auf die Bestimmung im § 28 EVO. zugleich das vertragsmäßige Recht auf Mitnahme seines Handgepäcks in seinen Wagenabteil, und die Eisenbahn ist, soweit dabei die erforderlichen Grenzen innegehalten werden, vertragsmäßig verpflichtet, dies ihrerseits zu gestatten. Dieses Recht und diese Pflicht folgen ohne weiteres aus dem abgeschlossenen Personentransportvertrag in Verbindung mit § 28 EVO. und stellen sich als ein Ausfluß dieses Vertrags dar, den man insofern als einen erweiterten Personentransportvertrag bezeichnen kann. Die Ansicht, daß der Reisende in diesem Falle neben dem Vertrag auf Beförderung seiner Person zugleich einen besonderen Frachtvertrag über Beförderung seines Handgepäcks abschließt, kann nicht aufrechterhalten werden. **RG.**, Egers eisenb. E.u.A. **19** 140; ebenso Hertzer, Komm. 38; a. M. Eger, VO. (2) 152 u. 159; Beyersdorf, Egers eisenb. E.u.A. **20** 80.

**§ 466.** Vgl. §§ 86 u. 87 EVO., Artt. 39 u. 40 Internat. Übereinkommen.

Im allgemeinen.

Eger, SächsA. **11** 206 ff.: Die Haftpflicht der Eisenbahnen für den Schaden durch Versäumung der Lieferfrist.

Im einzelnen.

§ 466 Abs. 1 bedeutet gegenüber Art. 397 des alten HGB. und § 429 des neuen HGB. eine Verschärfung der Haftung der Eisenbahn für Lieferfristversäumung. Staub (7) 1575 Anm. 2; Gerstner, Der neueste Stand &c. 114; a. M. Pappenheim, Das Transportgeschäft nach dem Entw. eines neuen HGB. (1896) 73; Cosack (5) 454.

Bei Beschädigung eines Gutes während des Transports ist zu unterscheiden, ob die Beschädigung lediglich eine Folge des Transports oder der stattgehabten Lieferzeitversäumnis ist. Im ersteren Falle, d. h. wenn die Beschädigung auch ohne Verspätung durch die Gefährlichkeiten des Transports an sich eingetreten ist, greifen die Bestimmungen der §§ 456 u. 457 des HGB. bzw. der §§ 75, 80 u. 83 der EVO. Platz, im letzteren Falle dagegen die Bestimmungen im § 466 HGB. u. §§ 86 ff. der VO. Hat demnach eine Deklaration des Interesses an der Lieferung nicht stattgefunden, so kann der durch die Beschädigung, die infolge der Lieferfristversäumung eintrat, entstandene Schaden nur bis zum Betrage der ganzen Fracht beansprucht werden, falls nicht nachgewiesen wird, daß die Verspätung auf grober Fahrlässigkeit beruht, in welchem Falle der ganze Schaden zu vergüten ist (§ 466 Abs. 4 HGB., § 88 EVO.). LG. München I, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **02** 1063.

Ein Gegenbeweis der Eisenbahn, daß dem Absender durch Versäumung der Lieferfrist ein Schaden überhaupt nicht entstanden sei, ist nach § 87 der VO. sowohl wie nach Art. 40 des Internat. Übereinkomm. ausgeschlossen. OLG. Colmar, Egers eisenb. E.u.A. **17** 59; ebenso Eger, VO. (2) 555, wo die ausdrückliche Vorschrift des § 87 Abs. 2, daß dieser Beweis zulässig sei, als ungültig erklärt wird, sowie Eger, IÜ. (2) 546; für das int. Recht L. F.,

Ztschr. f. int. EisenTr. **10** 356. Dagegen Gerstner, Der neueste Stand ꝛc. 114, der den Beweis der Nichtexistenz eines Schadens zuläßt, dagegen den Beweis, daß ein geringerer Schaden als der ohne Schadensnachweis zu ersetzende Teil der Fracht entstanden sei, ausschließt; übereinstimmend mit Gerstner für das mit dem deutschen und internationalen Rechte übereinstimmende österreichische Recht (§ 87 des österr. Betriebsreglements): Österr. Oberster Gerichtshof, Egers eisenb. E.u.A. **17** 49. Im Gegensatze zu allen diesen Auffassungen Reindl, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **02** 1123, der für die Eisenbahn nach deutschem und nach internationalem Rechte sowohl den Gegenbeweis, daß überhaupt kein Schaden als denjenigen, daß ein geringerer Schaden als der betr. Frachtanteil entstanden ist, zuläßt.

**§ 467.** Vgl. § 89 EVO.

„Kunstgegenstände" müssen nach § 50 der EVO. und den Tarifbestimmungen hierzu ausdrücklich als solche im Frachtbriefe bezeichnet sein, damit nicht die Haftung auf Grund des § 89 VO. ausgeschlossen ist; auch wenn die Eisenbahn aus anderen Quellen die Beschaffenheit dieser Gegenstände kannte, ist ihre Haftung nicht begründet; eine anderweitige Bezeichnung denn die Bezeichnung als „Kunstgegenstand" genügt nicht, z. B. also nicht die Bezeichnung „Gypsstudie", selbst wenn eine solche anderweitige Bezeichnung für derartige Kunstgegenstände handelsüblich wäre, da durch eine solche Übung die Vorschrift des § 50 VO. mit ihren Folgen nicht beseitigt werden kann. OLG. München, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **01** 172.

§ 467 HGB. bzw. § 89 schließt jede Haftung der Eisenbahn aus dem Frachtvertrag aus, auch wenn Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vorliegt; sofern aber der Tatbestand einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 823 BGB. vorliegt, ist diese Haftung nicht ausgeschlossen. OLG. München a. a. O., Staub (7) 1577 Anm. 2.

**§ 472.** Maßgebend für den Personentransportvertrag sind die Bestimmungen der EVO. in den §§ 10—29, subsidiär die Bestimmungen des BGB. über den Werkvertrag. Weber, Personenbeförderung auf Eisenbahnen, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **02** 146 u. 402; Eger, DJZ. **01** 107.

## Zu §§ 453—473 HGB.:

Eisenbahn-Verkehrs-Ordnung im einzelnen:

**§ 12 EVO.** Im allgemeinen: Kempner, Die rechtliche Natur der Straßenbahn-Billets, Berlin 1902; Beyersdorf, Die rechtliche Natur der Eisenbahnfahrkarte, Eger eisenb. E.u.A. **19** 378.

Im besonderen: Der Beförderungsvertrag wird mündlich am Schalter abgeschlossen. Zum Zeichen des Abschlusses dieses Vertrags und der Bezahlung des Fahrpreises wird die Fahrkarte ausgehändigt; dieselbe ist also Legitimationszeichen, nicht Inhaber- oder Legitimationspapier. Beyersdorf, Egers eisenb. E.u.A. **20** 79. (Näheres hierüber s. Ziff. 1 zu § 807 BGB.).

Der, wenn auch nur fahrlässige Versuch der reglementswidrigen Benutzung einer Abonnementskarte rechtfertigt die Konfiskation derselben und die Ablehnung der Erneuerung des Abonnements. OLG. Breslau, Egers eisenb. E.u.A. **18** 226.

**§ 14 EVO.** Der Reisende hat keinen Anspruch auf gänzliche oder teilweise Rückzahlung des Fahrpreises im Falle der Überfüllung eines Kupees. LG. Berlin, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **02** 2; Eger, DJZ. **02** 23; Holzbecher, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **02** 791. Dagegen Gorden, Egers eisenb. E.u.A. **18** 290, der einen solchen Anspruch schlechthin für gegeben hält, und teilweise Hertzer, DJZ. **02** 218, Komm. 25, der einen solchen Anspruch

des Reisenden zwar für den Vorortsverkehr, nicht aber für den übrigen Personenverkehr ausgeschlossen hält. (Näheres hierüber s. Ziff. 5a zu § 631 BGB.).

Die Eisenbahn tritt nicht vertragsgemäß dafür ein, den Reisenden ohne Unfall an den Bestimmungsort zu verbringen, sie haftet vielmehr bei Unfällen nur nach Maßgabe des Haftpflichtgesetzes und der Bestimmungen des BGB. über unerlaubte Handlungen. Weber, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **02** 147; dagegen aber derselbe, Egers eisenb. E.u.A. **19** 79; RG. Arch. f. EisWesen **04** 476 (vgl. zu § 431 b).

**§ 21 EVO.** 1. Über die rechtliche Natur der Eisenbahnfahrkarte s. Beyersdorf, Egers eisenb. E.u.A. **20** 79 unter Ziff. 1 zu § 807 BGB.

2. Die derzeitige, vom 1. April 1904 gültige Fassung des Abs. 2 verdankt ihre Entstehung den bei der Auslegung der früheren Bestimmung entstandenen Meinungsverschiedenheiten darüber, ob die im Abs. 2 enthaltene Strafbestimmung auch dann Anwendung finde, wenn der Reisende zwar bei Beginn seiner Reise im Besitz einer gültigen Fahrkarte war, sie unterwegs aber verloren hat. Diese Frage wurde von den Gerichten verneint — so LG. Berlin, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **02** 663; LG. Magdeburg, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **03** 1455; dagegen Holzbecher, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **02** 664 u. **03** 1455 — und ist jetzt im bejahenden Sinne durch die Änderung der Bestimmung entschieden worden. Holzbecher, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **04** 439.

3. Unter „Platz nehmen im Zuge" (Abs. 4) ist nicht ein „Niedersitzen" gemeint, aber auch nicht ein bloßes Einsteigen in das Abteil, um darin Gepäckstücke unterzubringen, sondern ein Einsteigen und Verweilen im Zuge mit der Absicht, den so von seiner Person besetzten Platz um dessen Eigenschaft als eines Raumes zum Mitfahren willen zu behaupten. Daß auch tatsächlich mitzufahren beabsichtigt wird, ist nicht notwendig. Platz nimmt im Zuge auch derjenige, der in das Abteil einsteigt und dort bis zur Ankunft einer anderen Person einen Platz entweder für diese Person oder um ein Mitfahren einer anderen Person in dem Abteile zu verhindern belegt und sich dann vor Abfahrt des Zuges aus dem Abteile wieder entfernt. H. Neumann, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **03** 101.

**§ 26 EVO.** Die Bestimmung im Abs. 5 ist eine öffentlich-rechtliche und begründet keine rechtliche Verbindlichkeit der Eisenbahn. Weber, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **02** 147.

**§ 31 EVO.** 1. Bezüglich des Abs. 1 vgl. die Bem. Ziff. 3 zu § 459.

2. Die Rechtsgültigkeit dieser Vorschrift folgt daraus, daß das Behaftetsein des Gepäckstücks mit älteren Beförderungszeichen auf ein Verschulden des Absenders zurückzuführen und daher die Haftung der Eisenbahn für den durch die Verschleppung eines solchen Gepäckstücks eingetretenen Schaden und zwar sowohl im Falle des Verlustes als der Beschädigung und verspäteten Ablieferung wegen eigenen Verschuldens des Absenders ausgeschlossen ist. Reindl, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **03** 593; a. M. Hertzer, Handkomm. 297.

**§ 62 EVO.** Vgl. zu § 44 i HGB. unter Ziff. 2.

**§ 68 EVO.** Hertzer, Egers eisenb. E.u.A. **19** 274: Für den aus der verspäteten oder unterbliebenen Zustellung des von der Eisenbahn der Post übergebenen Avisos entstandenen Schaden haftet die Eisenbahn gemäß § 278 BGB. und zwar unmittelbar. Den Beweis, daß sie kein Verschulden treffe, hat sie zu führen (§§ 282, 636 Abs. 2 BGB.). Daneben haftet der schuldige Postbeamte dem Adressaten aus § 839 BGB. unter den dort bezeichneten Einschränkungen und zwar nur bei vorsätzlicher Pflichtverletzung, weil im Falle der fahrlässigen Pflichtverletzung der Adressat auf andere Weise, nämlich von der Eisenbahn, Ersatz erhalten kann und daher die Haftung des Postbeamten entfällt. Den Nachweis der vorsätzlichen Pflichtverletzung seitens des Postbeamten hat der

Adressat zu führen. Dagegen: Ztschr. f. d. internat. EisTransp. 03 171 sowie Wiener Handelsgericht in der genannten Ztschr. 03 182; Ztg. d. Ver. d. EisVerw. 03 Nr. 47. ➵ Der Einwand (Ztschr. f. d. internat. EisTransp. 03 171), daß die Eisenbahn ein Verschulden der Post deshalb nicht zu vertreten habe, weil die letztere laut Spezialgesetzgebung nicht hafte und bei ihr daher von einem rechtlich relevanten Verschulden überhaupt nicht die Rede sein könne, ist nicht stichhaltig, da Verschulden und Haftung nicht notwendig miteinander verbundene Begriffe sind und ein Verschulden auch vorliegen kann, ohne daß eine Haftung besteht, wie umgekehrt eine Haftung ohne Verschulden eintreten kann. Auch der weitere Einwand, daß die Eisenbahn mit der Absendung des Benachrichtigungsschreibens ihren aus dem Frachtvertrag entspringenden Verpflichtungen genügt habe, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. 03 Nr. 47, ist nicht zutreffend, da diese Benachrichtigungsschreiben „empfangsbedürftige" Willenserklärungen sind, die Eisenbahn daher erst mit dem Moment ihre vertraglichen Verpflichtungen erfüllt hat, in dem die Avisi den Empfängern zugehen. Hertzer. ➴ Vgl. auch § 456 Nr. 5.

---

# Viertes Buch.

# Seehandel.

---

Vorbemerkung: Die Literatur des Deutschen Seerechts ist noch immer eine unvollkommene. Das Buch von Lewis, das 1883 in zweiter Auflage erschien, ist veraltet. Das groß angelegte und hervorragende Werk von Wagner (Handbuch des Seerechts 1. Bd. 1884) ist ein Bruchstück geblieben. Im Vordergrunde stehen jetzt die Bücher von Boyens und Schaps, die sich beide als Kommentare zum 4. Buche des HGB. darstellen, beide aber auch bis heute noch unvollendet sind. Von Boyens sind 2 Bände erschienen (1897 und 1901), die bis § 733 reichen. Das Werk von Schaps, das in Lieferungen erscheint, ist bis § 678 gediehen. Als Handbücher mit kurzen Verweisungen und Anmerkungen sind Leo (Seehandelsrecht 1902) und Brodmann (Seegesetzgebung 1903) zu nennen.

Die nachfolgenden Notizen verzichten auf eine Wiedergabe der in dieser Literatur niedergelegten Ansichten, beschränken sich vielmehr auf eine Sammlung des in Zeitschriften und Monographien verstreuten Materials und der Rechtssprüche aus den Jahren 1901—1903.

## Erster Abschnitt.

### Allgemeine Vorschriften.

**§ 476.** Die Vorschrift ist eine Sonderbestimmung, die ihren Grund in dem Umstande hat, daß zur Zeit der Veräußerung der Gewinn oder Verlust der letzten Reise noch nicht feststeht; sie duldet daher keine analoge Anwendung auf den Fall, daß der eine Mitreeder nach beendeter Reise seine Part an den anderen Mitreeder veräußert. Die Veräußerung der Part befreit den Mitreeder nicht von den Ansprüchen, die zur Zeit der Veräußerung zugunsten des Mitreeders aus der Vergangenheit bereits gegen ihn begründet waren. HansOLG., HansGerZ. **02** Hauptbl. Nr. 49.

**§ 481.** Gegen Pappenheim („Über den Begriff der Schiffsbesatzung im deutschen Privatseerecht," Gruchots Beitr. **43** 342 ff.) verteidigt Boyens die herrschende Meinung, wonach auch die nur vorübergehend auf dem Schiffe angestellten Personen, deren Tätigkeit seemännischen oder anderen unmittelbaren Schiffszwecken dient (mit alleiniger Ausnahme der Zwangslotsen) zur Schiffsbesatzung zählen. Erforderlich ist nur Beschäftigung zu Schiffszwecken, nicht auch Eingliederung in den Schiffsverband. Insonderheit gilt dies auch für die in den §§ 485, 486 und 734 geregelte Haftung des Reeders für den Schaden, den eine Person der „Schiffsbesatzung" einem Dritten zufügt.

Auch nach Boyens aber darf der Kreis der Schiffsbesatzung nicht erstreckt werden auf Personen, die zwar Dienste für das Schiff verrichten, aber nicht unter unmittelbarer Leitung des Schiffers, so z. B. auf Arbeiter, die im Dienste besonderer Unternehmer (Stauer, Verlader usw.) oder besonderer Anstalten (Quaianstalten, Docks usw.) stehen, die ihrerseits die Beladung oder Entlöschung der Schiffe übernehmen. Boyens, Goldschmidts Z. **50** 56.

## Zweiter Abschnitt.
## Rheder und Rhederei.

**§ 486.** Die rechtliche Natur des Anspruchs der Schiffsgläubiger ist in der jüngsten Zeit Gegenstand vielfacher Erörterung geworden.

Ehrenberg hat die früher von ihm aufgestellte Theorie (Beschränkte Haftung 1880, 457 ff.) in einigen Punkten berichtigt und lehrt nunmehr folgendes: Das Schiffsgläubigerrecht ist, auch wo der Reeder nur mit dem Schiffsvermögen haftet, ein echtes Schuldverhältnis, das nur die Eigentümlichkeit aufweist, daß die Person des Schuldners durch das Eigentum am Schiffe (Schiffsvermögen) bestimmt wird (Realobligation, actio in rem scripta). Mit der Forderung aus diesem Schuldverhältnis ist die Befugnis verbunden, daß sich der Gläubiger aus dem Schiffsvermögen im Vorzug vor anderen Gläubigern und dinglich Berechtigten befriedigen kann, und zwar auch dann, wenn das Schiffsvermögen in dritte Hände gelangt ist; diese Befugnis stempelt die Forderung des Schiffsgläubigers zugleich zu einem dinglichen Rechte im Sinne des BGB., also zu einer „Belastung der Sache". Ehrenberg, Das Recht des Schiffsgläubigers, Festgabe für Regelsberger, 1901, 1 ff.

Nach Boyens hat der Schiffsgläubiger einen dinglichen, auch im Konkurse wirksamen Anspruch an das Schiffsvermögen, den das Gesetz (§ 755) als Pfandrecht bezeichnet, obwohl dieses Recht nicht ein nur akzessorisch neben eine persönliche Forderung tretendes dingliches Recht ist, sondern in dem dinglichen Rechte seinen Inhalt voll erschöpft. Daher steht der Reeder, in dessen Betriebe die Schuld entstanden ist, dem Gläubiger nicht anders gegenüber, wie ein nachfolgender Reeder; es ist nicht etwa jener Hauptschuldner und dieser Pfandschuldner. Die Klage kann immer nur gegen den Reeder gerichtet werden, der zur Zeit des Prozeßbeginns das Schiffsvermögen ganz oder teilweise in seiner Gewalt hat, oder gegen den zeitigen Schiffer als Vertreter dieses Reeders. Boyens, Das deutsche Seerecht 1897 I 188.

Schaps sieht in dem Anspruche des Schiffsgläubigers ein doppeltes, nämlich a) ein obligatorisches Recht gegen den jeweiligen Reeder auf Befriedigung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Schiffsvermögen, und b) ein zur Sicherung dieses obligatorischen Rechtes bestehendes gesetzliches Pfandrecht am Schiffsvermögen. Schaps, Das deutsche Seerecht (2. Liefer. 1897) 81.

Pappenheim nimmt ebenfalls ein obligatorisches Recht in Verbindung mit einem gesetzlichen Pfandrecht an. Schuldner in dem obligatorischen Verhältnis ist der Reeder, in dessen Person der Verpflichtungsgrund wirksam geworden ist. Das Pfandrecht am Schiffsvermögen aber kann der Gläubiger gegen den jeweiligen Reeder, also nicht nur gegen seinen Schuldner, sondern auch gegen den späteren Erwerber des Schiffes verfolgen. Dieser wird aber dadurch nicht zum Schuldner, sondern nur zum „Hafter". Pappenheim, GoldschmidtsZ. **42** 434 und **44** 599.

Im Einklange hiermit nimmt auch Brodmann an, daß das Schiffsgläubigerrecht ein persönliches Forderungsrecht ist, das mit einem dinglichen, auch gegen Dritte verfolgbaren Pfandrecht ausgestattet ist. Dies Pfandrecht weist zwar als Hypothek an einer beweglichen Sache gewisse Besonderheiten auf, entnimmt aber im übrigen seine rechtliche Bestimmung dem allgemeinen bürgerlichen Rechte. Schuldner aus dem persönlichen Forderungsrecht ist und bleibt der Reeder, dem zur Zeit der Entstehung der Forderung das Schiff gehört hat. Diese Schuld hat, soweit § 486 Platz greift, nur die Eigentümlichkeit, daß der Reeder zwar persönlich und im ganzen Umfange haftet, jedoch mit der Maßgabe, daß, wenn er nicht freiwillig erfüllt, der Gläubiger zu seiner Befriedigung

die Zwangsvollstreckung nur in Schiff und Fracht betreiben kann. Brodmann, Über die rechtliche Natur des Schiffsgläubigerrechts, GoldschmidtsZ. 52 126 ff. Übereinstimmend Lüerßen, Das Schiffsgläubigerrecht, Diss. 1901, und Leo, Seehandelsrecht 1902 157.

Dagegen ist Pferdmenges der Meinung, das Recht des Schiffsgläubigers sei kein Pfandrecht und die Klage, mittels deren er sein Recht verfolgt, weder eine dingliche Klage, noch eine actio in rem scripta; vielmehr sei die Klage des Schiffsgläubigers eine Forderungsklage, „gerichtet gegen das Schiffsvermögen als den Schuldner". Pferdmenges, Die rechtliche Natur der Klage des Schiffsgläubigers, Hamburg 1900.

**§ 510.** Wenn dem sog. Ausrüsterverhältnis ein entgeltlicher Überlassungsvertrag zugrunde liegt, so kann dies nur ein über das Schiff abgeschlossener Mietvertrag, nicht aber ein Werkvertrag sein, denn der Reeder, der dem Ausrüster das Schiff zur freien Verfügung und zur Bemannung überlassen hat, kann sich nicht mehr zur Herbeiführung eines wirtschaftlichen Erfolges mittels Verwendung des Schiffes verpflichten. **RG.** 48 91.

## Dritter Abschnitt.

### Schiffer.

**§ 514.** Eine rechtliche Verpflichtung des Schiffers, die nach Marke und Stückzahl getrennt abgeladenen Partien der Ladung gesondert zu verstauen, so daß sie bei der Löschung in ihrer ursprünglichen Sonderung unvermittelt nacheinander zum Vorscheine kommen müssen, besteht nicht. HansOLG., SeuffA. **56** Nr. 8.

**§ 544.** Keine analoge Anwendung der Vorschrift in Satz 2, wenn der Kapitän eines zur Beförderung von Personen weder bestimmten noch eingerichteten Segelschiffs unbefugterweise einen Passagier unentgeltlich mitnimmt. OLG. Hamburg, SeuffA. 58 Nr. 39.

## Vierter Abschnitt.

### Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern.

**§ 559.** Wittmaack, Die Seetüchtigkeit des Schiffes beim Frachtvertrage, GoldschmidtsZ. 53 337—394, enthält vorzugsweise Mitteilungen über die inländische und die ausländische Rechtsprechung.

Bei einer Time-Charter trifft den Reeder die Verpflichtung, das Schiff zu Beginn der Vertragszeit in seetüchtigem Zustande zu stellen, nicht aber auch die weitergehende Pflicht, dafür einzustehen, daß das Schiff während der ganzen Vertragsdauer, von Haveriefällen abgesehen, seetüchtig bleibt und keine Ausbesserungsarbeiten nötig macht. So auch nach englischem Rechte. **RG.** HansGerZ. **02** Hptbl. Nr. 117.

**§ 566.** Die Konnossementsklausel: „Die Reeder behalten sich das Recht vor, Güter auf Deck zu befördern, und werden für Verlust oder Schaden nicht verantwortlich sein, die daraus entstehen," berechtigt den Verfrachter nur überhaupt, Deckladung zu nehmen, hat aber nicht die Tragweite, die Zustimmung des Abladers damit zu beurkunden, daß seine Güter auf Deck verladen würden. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hptbl. Nr. 71.

**§ 592.** Nach konkreter Prüfung des einzelnen Falles muß entschieden werden, ob dem Schiffer billigerweise angesonnen werden darf, sich behufs Erfüllung des Frachtvertrages eine teilweise Leichterung auf Kosten des Empfängers gefallen zu lassen, um mit dem Reste der Ladung in den sonst sicheren Bestim-

mungshafen zu gehen, oder ob er Abnahme der gesamten Ladung schon an dem Leichterplatze verlangen kann. Wenn sich ergibt, daß die teilweise Leichterung für das Schiff weder eine lästige Extraleistung, noch Gefahr, noch nennenswerten Aufenthalt bedeutet, so ist die Frage im ersteren Sinne zu entscheiden. **RG.** JW. **01** 409 Nr. 32.

**§ 593.** Im Falle des § 655 ist der Empfänger einer seewärts angebrachten Schiffsladung nicht berechtigt, von dem Schiffer zu verlangen, daß die Ladung bei der Übergabe an den Leichter an Bord des Seeschiffs verwogen werde. **RG. 49** 103.

**§ 594.** Der Verfrachter braucht für die Begründung des Anspruchs auf Liegegeld nur zu beweisen, daß und wann er sich als löschbereit gemeldet hat und löschbereit gewesen ist, nicht auch, daß diese Löschbereitschaft keine Unterbrechung erlitten habe. Denn der Anspruch auf Liegegeld setzt ein Verschulden des Empfängers nicht voraus, sondern entsteht auch dann, wenn dieser durch Zufall verhindert gewesen ist, die Ladung abzunehmen. Daher ist es Sache des Empfängers, im Wege der Einrede darzutun, daß die Überschreitung der Löschzeit durch Umstände, die der Verfrachter zu vertreten hat (§ 598), veranlaßt sei. OLG. Hamburg, HansGerZ. **01** Hptbl. Nr. 65.

**§ 608.** Ausführungen darüber, in welcher Weise und von wem die Sachverständigen, denen die Besichtigung der Güter übertragen wird, zu bestellen sind. Ritter, HansGerZ. **01** Hptbl. Nr. 51; Boyens, HansGerZ. **02** Hptbl. Nr. 11; Ritter, HansGerZ. **02** Hptbl. Nr. 18.

**§ 622.** Das Zeitfrachtgeschäft ist zwar im Zweifel als Werkvertrag aufzufassen. Es steht aber nichts im Wege, daß die Parteien bei ihrer Vereinbarung zum Ausdrucke bringen, daß sie die Grundsätze der Sachmiete (locatio navis), sei es allgemein, sei es in gewissen Beziehungen, angewandt wissen wollen.

Die in Abs. 4 des obigen Paragraphen erwähnten Fälle des Reparaturbedürfnisses (§ 638) und der Verfügung von hoher Hand (§ 637) sind keine strikt zu interpretierenden Ausnahmen, sondern Anhaltspunkte zur Gewinnung des das Zeitfrachtgeschäft beherrschenden Prinzips. Daher sind auch Umstände, die die Verpflichtung des Reeders zur Lieferung und Instandhaltung des Schiffes berühren, zu seinen Lasten. **RG. 48** 92 ff.

**§ 622.** Wenn ein Schiff auf längere Zeit verchartert ist, so gebührt ein außergewöhnlicher Nebenverdienst, den das Schiff während der Frachtzeit macht (entgeltliche Mitnahme von Kranken auf behördliche Anordnung), in Ermangelung besonderer Abreden, zur Hälfte dem Reeder und zur Hälfte dem Befrachter. OLG. Hamburg, SeuffA. **56** Nr. 184.

**§ 630.** Wenn nur die Ladung und nicht das Schiff gerettet ist, hat der Befrachter kein Recht, einen entsprechenden Teil der Bergungskosten von der Distanzfracht zu kürzen (§ 703). **RG.** HansGerZ. **03** Hptbl. Nr. 102.

**§ 642.** Wenn das Konnossement über Güter ausgestellt wird, die zur Beförderung übernommen, aber noch nicht abgeladen sind (Abs. 5), so muß dieser Sachverhalt aus der Urkunde hervorgehen. Bescheinigt der Schiffer aber wahrheitswidrig, daß er die Güter bereits im Raume des Schiffes übernommen habe, so muß er dem redlichen Erwerber des Konnossements hierfür einstehen und kann sich nicht darauf berufen, daß die Güter zwischen Übernahme und Einladung durch höhere Gewalt zugrunde gegangen seien. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hptbl. Nr. 118.

**§ 651.** Wenn die Marken der angebrachten Güter mit den im Konossement angegebenen Marken nicht übereinstimmen, so ist der Inhaber des Konossements nicht ohne weiteres befugt, die Annahme der Güter zurückzuweisen und Werterſatz wie für verlorene Güter zu fordern, sondern es ist dem Verfrachter

anderweitiger Beweis nachzulassen, daß die angebotenen Güter tatsächlich auf das Konnossement abgeladen worden sind. (Gegenüber anderweitigen Auffassungen eingehend begründet.) OLG. Hamburg, HansGerZ. 03 Hptbl. Nr. 35.

Ebenso wie der Frachtvertrag geht auch die Skripturobligation des Konnossements nicht auf Güter, die nur der Gattung nach gekennzeichnet wären, sondern auf die Beförderung bestimmter Sachindividuen. Eine Konnossementsklausel, worin der Schiffer die Verantwortlichkeit für die Marken der verladenen Güter ablehnt und die Marken als ihm unbekannt bezeichnet, befreit ihn nicht von der Verpflichtung, die abgeladenen und im Konnossemente bezeichneten individuellen Güter abzuliefern. Nimmt der Schiffer von den Identifizierungsmerkmalen, die der Ablader angebracht hat und die im Konnossement Aufnahme gefunden haben, keine Kenntnis, so ist es seine Sache, anderweitig für die Identifizierung des abgeladenen Gutes Sorge zu tragen. Jene Klausel kann ihn höchstens davon befreien, daß aus dem Fehlen der Marken allein die Nichtübereinstimmung der abgelieferten Güter mit den eingenommenen hergeleitet wird. Erbringt der Konnossementsinhaber diesen Beweis anderweitig, so bleibt der Schiffer für die Nichtübereinstimmung verantwortlich. HansOLG., HansGerZ. 02 Hptbl. Nr. 29.

Bei einem Durchkonnossemente muß der Reeder, der die gesamte Fracht, also Land- und Seefracht vom Empfänger erhebt, diesem gegenüber auch den schon bei der Landbeförderung eingetretenen Verlust vertreten. LG. Hamburg, HansGerZ. 02 Nr. 46.

Konnossementsklauseln, inhalts deren der Verfrachter sich von der Haftung für gewisse näher bezeichnete Gefahren und Unfälle und von der Haftung für Nachlässigkeit oder Versehen der Schiffsbesatzung oder sonstiger Angestellter freizeichnet, sind, auch wenn ihr Inhalt sehr umfassend ist, nach deutschem Rechte gültig und rechtswirksam. Sie befreien den Verfrachter aber nicht, soweit ihn selbst ein Verschulden trifft. **RG. 52** 396.

Freizeichnung von „latent defect in hulls". Darunter sind Fehler zu verstehen, die ihrer Natur nach objektiv unerkennbar waren, nicht auch Fehler, die bloß tatsächlich ohne Schuld unerkannt geblieben sind. HansOLG., HansGerZ. **02** Hptbl. Nr. 65.

**§ 657.** Die Klausel „frei von Beschädigung" läßt die Haftpflicht des Verfrachters aus § 559, das Schiff in seetüchtigem Stande zu liefern und für jeden Schaden aufzukommen, der aus dem mangelhaften Zustande des Schiffes entsteht, unberührt. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hptbl. Nr. 39.

## Fünfter Abschnitt.

## Frachtgeschäft zur Beförderung von Reisenden.

**§§ 664** ff. Rechtsfolgen und Beweislast, wenn der Reisende bei der Beförderung am Körper verletzt wird. **RG.** SeuffA. **58** Nr. 84 und Bemerkungen des Einsenders Srs. hierzu.

## Siebenter Abschnitt.

## Haverei.

### Erster Titel.

### Große (gemeinschaftliche) Haverei und besondere Haverei.

Literatur: Ulrich, Große Haverei. Die Havarie- —große— -Rechte der wichtigsten Staaten nebst Kommentar (2), mitbearbeitet von Brüders. 1. Band. Deutsches Recht. Berlin 1903.

## Zweiter Titel.
## Schaden durch Zusammenstoß von Schiffen.

Literatur: Haekel, Schadensersatzpflicht des Reeders beim Zusammenstoßen von Schiffen, GoldschmidtsZ. 52 171—221.

**§ 734.** Wenn ein geschlepptes Schiff mit einem dritten Schiffe zusammenstößt, so ist der Schaden zwar nicht in allen Fällen auch von dem Eigentümer des Schleppers zu verantworten, z. B. dann nicht, wenn sich der Zusammenstoß infolge eines eigenen Manövers oder einer eigenen Unachtsamkeit des geschleppten Schiffes ereignet, so daß die Ursache des Zusammenstoßes mit der Bewegung des Schleppers nichts zu tun hat und von dessen Dienstverrichtungen ganz unabhängig ist. Ist der Zusammenstoß aber die Folge der Vorwärtsbewegung des geschleppten Schiffes auf einem Kurse, den es einhielt, weil es seinem Schlepper folgt und folgen muß, so liegt die Sache anders. In einem solchen Falle ist der Zusammenstoß durch die Steuerung des Schleppers verursacht und dieser haftet deshalb ebenfalls, wenn diese Steuerung seiner Besatzung zum Verschulden anzurechnen ist. Ein solches Verschulden liegt insbesondere vor, wenn der Befehl zu der betreffenden Steuerung unrichtig war, und zwar auch dann, wenn dieser Befehl von einer nicht an Bord des Schleppers befindlichen, aber zum Kommando berufenen Person erteilt wurde, da diese, wenn und weil sie auf dem Schlepper zu befehlen hatte, dessen Besatzung zuzurechnen ist. **RG. 50** 33 (vgl. BinnSchiffGes. zu § 4).

**§ 735.** Die Vorschrift des Abs. 2 ist der Bestimmung im § 254 Abs. 1 BGB. nachgebildet. Der Umstand, der für die Verteilung des Schadens vorzugsweise in Betracht gezogen werden soll, ist das Kausalverhältnis. Dabei wird indes regelmäßig die Frage nach dem Maße der beiderseitigen Verursachung des Schadens mit der Frage nach der Schwere des beiderseitigen Verschuldens zusammenfallen. **RG. 54** 13.

Für den Schadensersatzanspruch der Ladungsbeteiligten aus einem Schiffszusammenstoße kommt nichts darauf an, ob der Zusammenstoß im Sinne von Abs. 2 durch Verschulden der Besatzung beider Schiffe verursacht ist. Es genügt, daß ein Verschulden oder ein Mitverschulden des in Anspruch genommenen Schiffes nachgewiesen wird. **RG. JW. 02** 401 Nr. 44.

Die Begrenzung des Schadensersatzanspruchs für den Fall beiderseitigen Verschuldens (Abs. 2) gilt nicht für das Verhältnis der Reeder zu den beschädigten Ladungsbeteiligten, im Verhältnisse der Reeder untereinander aber gilt sie im vollen Umfange. Wenn daher infolge eines von der Besatzung beider Schiffe verschuldeten Zusammenstoßes der eine Reeder einem Ladungseigentümer ersatzpflichtig wird, so gehört auch dies im Verhältnisse der beiden Reeder zueinander zu dem Schaden, worüber nach Abs. 2 zu entscheiden ist, ob und in welchem Umfange er ersetzt werden muß. Dasselbe muß aber auch gelten, wenn der eine Reeder selbst Eigentümer der in seinem Schiffe verladenen Güter ist, so daß der Schaden, der an diesen Gütern entstanden ist, ebenfalls anteilsmäßig zu ersetzen ist. **RG. 51** 362.

**§ 738.** Ausführungen, daß die Befreiung des Reeders von der Haftung für einen von dem Zwangslotsen verschuldeten Zusammenstoß de lega ferenda nicht gerechtfertigt sei. Haekel, GoldschmidtsZ. 52 193 ff.

Die Bestimmung will nicht besagen, daß der Schiffsbesatzung nur die Pflicht obliege, die Anordnungen des Zwangslotsen zu befolgen, und daß demnach die Schiffsbesatzung in anderer Weise als durch Verabsäumung dieser Pflicht nicht schuldhaft handeln könne. Auch bei Annahme eines Zwangslotsen hat der Schiffer die Pflicht, soviel an ihm liegt, für die Sicherheit der Fahrt zu sorgen.

Demnach kann eine Schuld des Schiffers, für die der Reeder trotz § 738 haftet, darin liegen, daß er unterlassen hat, einen Schleppdampfer anzunehmen, obwohl dies unter den obwaltenden Umständen geboten war. **RG.** JW. **02** 174 Nr. 42.

## Achter Abschnitt.

### Bergung und Hülfsleistung in Seenoth.

**§ 740.** Für die Frage, ob Bergung oder ob bloße Hilfeleistung vorliegt, ist nicht entscheidend, ob das in Seenot befindliche Schiff zu der Zeit, als die Hilfe in Anspruch genommen wurde, von der Schiffsbesatzung verlassen war, wenn sich diese zu der späteren Zeit, als die Rettungsarbeiten tatsächlich begannen, wieder an Bord befand und Schiff und Ladung wieder in Besitz genommen hatte. OLG. Marienwerder, SeuffA. **57** Nr. 249.

Wenn ein Teil der Mannschaft das in eine Seenot geratene Schiff verlassen hat, so begründet der Umstand, daß der an Bord verbliebene Teil der Mannschaft allein außerstande gewesen wäre, Schiff und Ladung zu erhalten, noch keinen Bergungsfall im Gegensatze zur Hilfeleistung. HansOLG., Hans. GerZ. **01** Hptbl. Nr. 15.

Für Errettung der Mannschaft gibt das Gesetz keinen Anspruch auf Hilfslohn, wenn nicht gleichzeitig Schiff oder Ladung gerettet ist. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hptbl. Nr. 55.

**§ 741.** Wird ein Vertrag, der über die Höhe des Berge- oder Hilfslohns noch während der Gefahr geschlossen ist, wegen erheblichen Übermaßes der zugesicherten Vergütung mit Erfolg angefochten, so hat dies nicht die Folge, daß die Sache so zu beurteilen sei, als ob gar kein Vertrag über die Höhe des Berge- oder Hilfslohns geschlossen sei, sondern nur die, daß die Herabsetzung der vereinbarten Vergütung auf das den Umständen entsprechende Maß ermöglicht wird. Aus dem Wortlaut und aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift ergibt sich, daß die Regel des § 142 BGB. auf diese Anfechtung keine Anwendung finden kann. Wer die Hilfe geleistet hat, kann daher bei erfolgreicher Anfechtung des Vertrags nicht etwa genötigt werden, nunmehr erst noch nach § 36 der Strandungsordnung das zuständige Strandamt zur Festsetzung des ihm gebührenden Lohnes anzugehen. **RG. 51** 235.

Bei Prüfung der Frage, ob die Vergütung, die in einem noch während der Gefahr geschlossenen Vertrage zugesichert ist, in erheblichem Maße als übermäßig anzusehen ist, kommt nicht der tatsächliche Verlauf der Hilfeleistung, sondern die Sachlage zur Zeit des Vertragsschlusses in Betracht. Der Vertrag ist aleatorischer Natur: ob der Anspruch auf die bedungene Vergütung überhaupt entsteht, hängt von dem Erfolge des unternommenen Rettungswerkes ab, nicht aber von dem Umfange der wirklich geleisteteten Hilfsarbeit und von der Gefahr, die der Hilfeleistende dabei gelaufen ist. Spätere günstige Umstände, die die Gefahr und den Umfang der Leistungen herabmindern, kommen dem Hilfeleistenden zu gute, während er sich spätere nicht erwartete erschwerende Umstände gefallen lassen muß. **RG. 51** 235.

**§ 744.** Wenn ein Schiff, daß nicht zum Erwerbe durch die Seefahrt bestimmt ist, in einer Seenot die Hilfe eines Reeders, der gewerbsmäßig Bergungs- und Rettungsarbeiten übernimmt, in Anspruch nimmt und durch dessen Schiff gerettet wird, so ist die dem rettenden Schiffe zukommende Vergütung in Ermangelung anderer Abreden nach den Regeln des obigen Paragraphen zu bemessen. **RG. 47** 195.

Ist die Hilfeleistung von einem Dampfer bewirkt, der zum gewerbsmäßigen Betriebe von Bergungs- und Rettungsarbeiten ausgerüstet ist und gehalten wird,

so können als „geschehene Aufwendungen“ auch die aus diesem Gewerbebetriebe sich ergebenden Generalunkosten berücksichtigt werden. **RG. 51.** 235.

**§ 753.** Durch einen Vertrag, dessen Inhalt sich im wesentlichen darauf beschränkt, den einem Berger zu gewährenden Lohn der Höhe nach festzusetzen, wird eine persönliche Haftung des Reeders auch dann nicht herbeigeführt, wenn der Vertrag vom Reeder selbst oder kraft einer besonderen von ihm erteilten Vollmacht abgeschlossen worden ist. **RG.** JW. **01** 425 Nr. 9.

## Neunter Abschnitt.

## Schiffsgläubiger.

**§ 755.** Vgl. zu § 486.

**§ 761.** Es ist ein allgemein anerkannter Rechtssatz, daß jeder Schiffsgläubiger dort sein Recht klagend geltend machen darf, wo sich das von ihm in Anspruch genommene Schiffsvermögen zur Zeit der Klagerhebung befindet. HansOLG., SeuffA. **56** 159.

## Zehnter Abschnitt.

## Versicherung gegen die Gefahren der Seeschiffahrt.

### Erster Titel.

### Allgemeine Vorschriften.

Literatur: Kießelbach, Die wirtschafts- und rechtsgeschichtliche Entwickelung der Seeversicherung in Hamburg, 1901.

**§ 785.** Der Versicherer, der beim Abschlusse des Versicherungsvertrags einen zu seiner Kenntnis gelangten, dem Versicherungsnehmer aber unbekannten Umstand, der das Risiko der Versicherung verringert, verschweigt und sich so eine höhere Prämie ausbedingt, als sie bei Kenntnis jenes Umstandes angemessen gewesen wäre, handelt gegen Treu und Glauben und muß sich eine entsprechende Kürzung der bedungenen Prämie gefallen lassen. HansOLG. SeuffA. **56** Nr. 202.

**§ 788.** Es liegt Doppelversicherung vor, wenn der Eigentümer eines Schleppdampfers, nachdem er ein ihm ebenfalls gehöriges Hinterhangsfahrzeug versichert hat, den Schleppdampfer (insbesondere auch gegen Haftpflicht) versichert und dieser Versicherungsvertrag die Bestimmung enthält, daß Hinterhangsfahrzeuge des Versicherten in den durch die Versicherung gedeckten Fällen so betrachtet werden sollen, als ob es sich um Fahrzeuge dritter Personen handle. Soweit diese Klausel Platz greift, ist der zweite Versicherungsvertrag nur der Form nach eine Spezial-Haftpflichtversicherung des Schleppdampfers; in Wirklichkeit liegt eine Art laufender Sachversicherung vor, unter die gegebenenfalls jedes Hinterhangsfahrzeug des Versicherten fiel. **RG. 47** 171.

**§ 804.** Hat der Versicherer eine Zahlung geleistet, zu der er nicht verpflichtet war, so trifft die Vorschrift nicht zu. Wenn daher im Falle des § 838 der Versicherer ohne Kenntnis davon, daß der Schaden in großer Haverei zu vergüten war, gezahlt hat, so kann der Versicherte dem Kondiktionsanspruche des Versicherers gegenüber diesen nicht darauf verweisen, daß er die Beiträge zur großen Haverei selbst einfordern könne und müsse. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hptbl. 69.

### Dritter Titel.

### Verpflichtungen des Versicherten aus dem Versicherungsvertrage.

**§ 813.** Die „Veränderung der versicherten Reise“, wovon Abs. 2 u. 3 des Paragraphen handeln, steht im Gegensatze zu der „Abweichung von der

Reise", wovon § 814 handelt. „Verändert" ist die Reise nur dann, wenn sie nach einem anderen Bestimmungshafen gerichtet wird. **RG. 48** 12.

**§ 814.** Wenn das Schiff den Bestimmungshafen erreicht hat, von hier aber, ohne die Ladung zu löschen, erst nach einem benachbarten Hafen fährt, von wo es zur Löschung der Ladung nach dem Bestimmungshafen zurückkehren will, so liegt nicht eine neue Reise vor, sondern eine „Abweichung von der Reise" im Sinne des obigen Paragraphen, deren Gefahr der Versicherer zu tragen hat, vorausgesetzt, daß die Abweichung von dem Versicherten weder veranlaßt noch genehmigt worden ist. **RG. 48** 13.

## Vierter Titel.

## Umfang der Gefahr.

**§ 820.** Wenn das Gesetz unter den vom Versicherer zu tragenden Gefahren auch

„die Gefahr des auf Antrag eines Dritten angeordneten, von dem Versicherten nicht verschuldeten Arrestes"

aufführt, so unterscheidet es nicht, worin der Arrest seine Ursache hat. Es ist also gleichgültig, ob der Arrest, weil er für Reparaturkosten des unterwegs beschädigten Schiffes ausgebracht wurde, seine erste Ursache in einem Vorgange fand, für den der Versicherer nach § 850 nicht zu haften hatte. Der Arrest selbst ist die übernommene Gefahr. Gefordert wird nur, daß er nicht vom Versicherten selbst ausgebracht, und daß er nicht von ihm verschuldet ist. **RG. 47** 178.

Ziff. 6 bezieht sich nicht auf rechtsgeschäftliche Maßnahmen des Schiffers, z. B. Verkauf des Schiffes, sondern ausschließlich auf seine nautische Tätigkeit. **RG.** HansGerZ. **03** Hptbl. Nr. 100.

**§ 821.** Im Falle der Nr. 1 Abs. 1 unterscheidet das Gesetz nicht, ob der nicht seetüchtige Zustand des Schiffes auf einem Verschulden des Reeders oder auf einem Verschulden des Schiffers beruht. Im einen, wie im anderen Falle kann der Schaden, der aus diesem Zustand entstanden ist, dem Versicherer nicht zur Last gebracht werden. § 820 Abs. 2 Nr. 6 steht nicht entgegen. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hptbl. Nr. 63.

**§ 837.** Die Bestimmung findet auch Anwendung, wenn nach eingeholter Zustimmung sämtlicher Beteiligten die Dispache an einem anderen als dem durch § 727 vorgeschriebenen Orte und durch andere als die im § 729 bezeichneten Personen aufgemacht worden ist. **RG.** HansGerZ. **02** Hptbl. Nr. 134.

**§ 850.** Die Eigentümlichkeit der Versicherung „für behaltene Ankunft" besteht nur in der eigenartigen Abgrenzung des „Umfanges des Schadens" (§§ 854 bis 881), hat aber mit dem „Umfange der Gefahr" (§§ 820 ff.), abgesehen von der Vorschrift des 3. Abs. des obigen Paragraphen, nichts zu tun, so daß den Versicherer alle im § 820 aufgeführten Gefahren auch bei dieser Versicherungsart treffen. **RG. 47** 176.

Versicherung des Reeders „auf Fracht, Passagegeld und/oder behaltene Ankunft, taxiert 100 000 M., des Dampfschiffs K." für die Zeit von 12 Monaten. Dies ist dahin aufzufassen, daß sich die Versicherung auf Fracht und Passagegelder bezieht, und daß daneben für den Fall, daß diese weniger ausmachen oder überhaupt kein Fracht- oder Überfahrtsvertrag geschlossen sein sollte, eine Versicherung auf behaltene Ankunft bestehen sollte. **RG.** HansGerZ. **02** Hptbl. Nr. 134.

**§ 853.** Die Klausel „nur für Seegefahr" hat nicht die Bedeutung, daß der Versicherungsvertrag aus dem allgemeinen Kataloge der übernommenen Ge-

fahren, wie ihn § 820 aufstellt, alle diejenigen ausschließt, die nicht in Elementarereignissen der See ihren Grund haben (also Krieg, Verfügung von hoher Hand, Diebstahl, Unredlichkeit 2c.). Vielmehr bildet den Gegensatz zur „Seegefahr" lediglich die „Kriegsgefahr", so daß allein diese als ausgenommen gilt. **RG. 47** 179.

## Fünfter Titel.
## Umfang des Schadens.

**§ 854.** Totalverlust liegt nicht nur vor, wenn der Gegenstand, worauf sich die Versicherung bezieht, durch faktische Vorgänge körperlich zerstört oder vernichtet worden ist. Das Seeversicherungsrecht hat diesen natürlichen Begriff des Totalverlustes erweitert und ihn auf solche Fälle erstreckt, wo durch juristische Vorgänge der Wert des Gegenstandes dem Versicherten völlig entzogen ist. Bei der Versicherung einer Forderung, zu deren Deckung das Schiff dient (§ 779), kann daher auch der Zwangsverkauf des Schiffes als des Haftungsobjekts, falls der Versicherte bei der Verteilung des Erlöses leer ausgegangen ist, als Totalverlust gelten. **RG. 47** 177.

**§ 861.** Linsmayer, Der Abandon, GoldschmidtsZ. **53** 395 bis 405, enthält geschichtliche Untersuchungen über den Abandon.

**§ 879.** Sind die Güter, von denen imaginärer Gewinn versichert ist, beschädigt im Bestimmungshafen angekommen, so ist ein Überschuß, den der Verkaufserlös der Güter und die für die Beschädigung in großer Haverei gezahlte Vergütung über den Versicherungswert der Güter ergeben hat, bei der Schadensberechnung zu kürzen (vgl. § 860). OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hptbl. Nr. 69.

## Siebenter Titel.
## Aufhebung der Versicherung und Rückzahlung der Prämie.

**§ 898.** Die Vorschrift ist auch im Falle des Konkurses des Versicherers anwendbar. Nimmt der Versicherte nach Maßgabe des § 789 eine neue Versicherung, so kann er seinen Anspruch auf Erstattung der Kosten dieser Deckungsversicherung gegen die Prämienforderung der Konkursmasse aufrechnen. KO. § 55 steht nicht entgegen. **RG. 52** 405.

# Einführungsgesetz
zum
# Handelsgesetzbuch.

Literatur: Lehmann, Die zeitliche Anwendbarkeit der Bestimmungen des neuen Handelsgesetzbuchs, GoldschmidtsZ. 48 1 ff., 387. — Habicht, Einwirkung (3) 1901. — Die Kommentare zum HGB. von Staub (7) 1900; Makower III (12), 1900, Düringer-Hachenburg I (1899).

**Art. 1.** Über die früher vielfach erörterte Frage, inwieweit die Vorschriften des neuen Rechtes auf die vor dem 1. 1. 98 begründeten Dienstverhältnisse der Handlungsgehilfen anzuwenden sind, siehe Habicht, 303 ff.; Lehmann 33—39; Horrwitz, Recht der Handlungsgehilfen (1897) 8 ff.; Fuld, Recht der Handlungsgehilfen (1897) 14 ff.; Staub, (7) 3—6, 241 Bem. I zu § 59 HGB. und DJZ. **97** 336; Pappenheim, Gruchots Beitr. **42** 339; Kahn, DJZ. **97** 400; Feisenberger, das. 422; v. Specht, das. 261; Wolff, Holdheims MSchr. **6** 234; **RG.** JW. **00** 591, 854, **01** 379, **42** 97, **43** 23, **48** 129, SeuffA. **54** Nr. 150, Gruchots Beitr. **47** 999 ff., OLG. Hamburg, DJZ. **99** 116, **01** 76, OLG. **5** 264 ff. (Colmar), OLG. Colmar, Puchelts Z. **33** 544, OLG. Karlsruhe, Puchelts Z. **34** 152 ff. S. auch JDR. **1** II 318 zu Art. 170, 171 EGzBGB.

Rechtsprechung.

1. OLG. Colmar, R. **02** 589 (2695): Bei Anstellung eines Reisenden durch einen vor Inkrafttreten des HGB. errichteten Vertrag, der auf 3, 6, 9 Jahre mit sechsmonatiger Kündigung vor Ablauf der Vertragsperiode geschlossen worden und dessen letzte nicht gekündigte Vertragsperiode in die Zeit nach dem Inkrafttreten fällt, sind die Rechte des Reisenden aus einem in diese fallenden Vertragsbruche des Prinzipals nach dem neuen HGB. zu beurteilen.

2. Die Bestimmung des Art. 170 EGzBGB. ist auch auf das Gebiet des Handelsrechts anzuwenden, aber erst mit Wirkung vom 1. 1. 00 an. OLG. Dresden, ZAktWes. **10** 41, SächsAnn. **23** 505, R. **02** 532, **RG.** JW. **00** 591, **01** 379.

3. Ein vor 1898 abgeschlossener Dienstvertrag eines Handlungsgehilfen untersteht, auch wenn der Vertrag bestimmungsgemäß erst mit dem 1. 1. 98 in Wirksamkeit tritt, dem früheren Rechte. OLG. **2** 206 (Stuttgart).

4. Mit dem 1. 1. 98 ist kein dem Art. 171 entsprechender Rechtssatz für die handelsrechtlichen Dienstverhältnisse in Kraft getreten. **RG.** JW. **00** 855, R. **00** 47.

**Art. 2.** Die Bestimmung des Art. 169 EGzBGB. über die Verjährung gilt auch für Rechtsverhältnisse des Handelsrechts. Habicht (3) 144 Anm. 3; Lehmann GoldschmidtsZ. 60.

Rechtsprechung.

1. Durch besondere handelsrechtliche Vorschriften wird die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des BGB. ausgeschlossen. **RG.** **54** 132.

2. Nach EGzHGB. Art. 2 in Verbindung mit § 22 BGB. ist § 31 BGB. auch auf Aktiengesellschaften anzuwenden. Rehbein, BGB. I Bem. I 2a zu §§ 21 bis 54, 37: RG. JW. **03** Beil. 39, 93; R. **03** 428.

3. Das BGB. findet auch auf die G. m. b. H. Anwendung, soweit nicht das HGB., EGzHGB. und G. m. b. H. G. etwas anderes bestimmen. KGJ. **23** A 105; R. **02** 270.

4. Art. 2 ist wegen der Einheitlichkeit des BGB. und des EG. und dessen nicht ausdrücklich erfolgter Ausschließung so auszulegen, daß auf die unter Herrschaft des alten HGB. begründeten Schuldverhältnisse die Übergangsvorschrift des Art. 170 EGzBGB. angewendet werden soll. OLG. **6** 1 (Kiel).

5. Vom 1. 1. 00 ab gilt nach Art. 2 EGzHGB. der Grundsatz des Art. 171 EGzBGB. auch für die handelsrechtlichen Dienstverhältnisse, besonders auch für das Verhältnis der Agenten zum Prinzipal. OLG. **1** 436 (Stettin); R. **00** 47; OLG. **7** 385 (Hamburg).

**Art. 9.** Neukamp, BGB. und GewO., VerwA. **5** 209 ff.

Der „offene Laden" im Sinne des neu eingefügten § 15a der RGewO. hat eine weitere Bedeutung, als der sonst (z. B. §§ 41a, 42b, 44, 55 das.) gebrauchte Begriff der „offenen Verkaufsstelle". Aus dem Sprachgebrauche, der Entstehungsgeschichte des § 15a a. a. O., und seinem gesetzgebungspolitischen Zwecke ergibt sich, daß als „offener Laden" im Sinne dieser Gesetzesvorschrift nicht nur Kaufläden in eigentlicher und enger Auslegung anzusehen sind, sondern ganz allgemein jeder offene Geschäftsraum, in dem die zur Ausübung der gewerblichen Tätigkeit des Inhabers gehörenden Handlungen vorgenommen werden. Hiernach fallen in den Kreis der dem Firmenschildzwang unterworfenen Läden, außer den Warenverkaufsstellen, z. B. auch die Wechselstuben der Bankgeschäfte, die Geschäftsräume der Sparkassen, Pfandleihanstalten, Vorschußvereine, die Werkstätten der Handwerker und die Geschäftslokale der Professionisten, die Kontore der Engroskaufleute — nicht aber deren Läger, Magazine, Speicher, Böden —, der Spediteure, Kommissionäre, Schiffsverladungsgeschäfte, der Lotterie-Einnehmer, die Vermietungs-, Annoncen-, und Auskunfts-Bureaus, die Zeitungsexpeditionen, die Leihbibliotheken usw. Voraussetzung jedoch ist, daß alle diese Geschäftsräume auch wirklich „offen" — PrOVG. Steuers. **1** 300 ff. —, d. h. für das Publikum ihrer Bestimmung nach zugänglich sind. Riesenfeld, Der Begriff „offener Laden", PrVerwBl. **21** 370 ff.

Rechtsprechung.

1. Art. 9 Abs. 2 EGzHGB. über die Einfügung der §§ 133 ff. in die Novelle zur GewO. vom 1. 6. 91, betreffend die Beschränkung der Wirksamkeit der Konkurrenzklauseln gegenüber den Angestellten von Gewerbeunternehmern, ist nicht, wie der in betreff der Handlungsgehilfen gleichlautende § 74 des neuen HGB. bereits am 1. 1. 98, sondern erst am 1. 1. 00 in Kraft getreten. §§ 133 ff. enthalten auch nicht insoweit zwingendes Recht, so daß er aus diesem Grunde auf die vom 1. 1. 00 bestehenden Verträge mit rückwirkender Kraft anzuwenden wäre. RG. R. **03** 556 (2878), JW. **00** 785; s. auch Habicht, Einw. (3) 307 Anm. 3.

2. Auf eine in einem vor dem 1. 1. 98 geschlossenen Vertrag enthaltene Konkurrenzklausel sind §§ 133 ff. GewO. nicht anzuwenden, da dieser Bestimmung, ebenso wie § 74 HGB., rückwirkende Kraft nicht beigelegt werden kann. RG. JW. **00** 785.

**Art. 22.** Lehmann a. a. O. 49—53: Das EGzHGB. gestattet die Fortführung der am 1. 1. 00 bereits im Handelsregister eingetragenen Firma nur, soweit sie nach den bisherigen Vorschriften geführt werden durfte. Erklärt aber das neue Recht die Führung der Firma für zulässig, während das alte sie für unzulässig

erachtete, so besteht die am 1. 1. 00 eingetragene Firma von da ab zu Recht. — Der Inhalt des Firmenrechts bemißt sich bis zum 1. 1. 00 nach altem, von da ab nach neuem Rechte. Die nach dem 31. 12. 99 vorgenommenen Änderungen der bestehenden Firmen unterliegen dem neuen Rechte.

Rechtsprechung.

1. Abs. 1. Wer vor dem 1. 1. 00 eine Firma erworben hat, die nur einen abgekürzten Vornamen des ursprünglichen Inhabers enthält, ist, falls die Firma nicht an diesem Tage im Handelsregister eingetragen war, nicht berechtigt, sie unverändert oder unter Ausschreibung des Vornamens weiterzuführen. Die Einwilligung des ursprünglichen Inhabers oder seiner Erben in die Ausschreibung des Vornamens ist wirkungslos. KGJ. **27** A 216, 219 (zwei Beschlüsse).

2. Abs. 2. Die Voraussetzungen des Art. 22 Abs. 2 liegen nicht vor, wenn weder eine Mehrheit von Personennamen noch im wesentlichen nur Personennamen in der Firma enthalten sind. Es wird auch die Zumutung, daß eine Aktiengesellschaft ihre langjährige Firma ändere, nur dann für gerechtfertigt zu halten sein, wenn eine besondere Gefahr der Verwechslung mit der Firma persönlich haftender Geschäftsinhaber besteht.

Nach bisheriger Übung sind Ausdrücke, wie Brauereigesellschaft, Elektrizitätsgesellschaft, Straßenbahngesellschaft, hauptsächlich zur Bezeichnung solcher Gesellschaften gewählt worden, die nicht offene Handelsgesellschaften sind. LG. Heidelberg, Holdheims MSchr. **9** 75; a. M. Staub, (7) 123/124 Zus. zu § 20 HGB.

3. Nach Art. 22 EGzHGB. können die im HGB. eingetragenen Firmen weitergeführt werden, soweit sie nach den bisherigen Vorschriften geführt werden durften. **RG.**JW. **00** 840.

**Art. 23.** Aus Art. 23 ist nicht ohne weiteres herzuleiten, daß die Rechtsfolgen der Gründung einer vor dem 1. 1. 00 entstandenen Aktiengesellschaft nach älterem Rechte zu beurteilen sind. Dies gilt nur für die materiellen Ansprüche gegen die Gründer, nicht auch für die Frage, wer innerhalb der Gesellschaft diese Ansprüche gegen die Gründer geltend zu machen hat. KGJ. **21** A 84.

**Artt. 23—28.** Die Artt. 24, 27, 28 geben an, welche von den jetzigen Bestimmungen für ältere Aktiengesellschaften nicht gelten sollen. **RG.** JW. **01** 236.

Vorrechte der Aktionäre einer im Jahre 1872 gegründeten Aktiengesellschaft auf Übernahme neu emittierter Aktien. **RG. 47** 24 ff., JW. **01** 617.

**Artt. 25, 26.** Habicht (3) 333, 334 und Lehmann 116 ff. führen hierzu aus, daß die Außerkurssetzung von Inhaberaktien seit dem 1. 1. 00 zwar nicht ausdrücklich verboten, aber ihre Unzulässigkeit doch aus Art. 26 in Verbindung mit § 806 BGB. und Art. 176 EGzBGB. zu folgern ist.

---

# Seerechtliche Nebengesetze.

## Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872.

**§ 87.** Zur Verhängung der Strafe genügt nicht die bloße Mittäterschaft schlechthin, sondern es wird eine auf vorhergehender Verabredung (die allerdings nicht wörtlich zu sein braucht) beruhende Mittäterschaft (Komplott) erfordert. **RG.** JW. **01** 820 Nr. 3.

**§§ 89, 90.** Der Steuermann gehört zu den Schiffsoffizieren im Sinne der Seemannsordnung und ist „Vorgesetzter“ des Schiffsmanns, wennschon nach § 72 Seemannsordnung dem Schiffer allein die Disziplinargewalt zusteht. **RG.** Strafs. **34** 109.

**§ 96.** Die Bestimmung darf nicht dahin verstanden werden, daß die Disziplinargewalt, deren Mißbrauch mit Strafe bedroht wird, stets nur unter allen Umständen identisch sein müsse mit der im 4. Abschnitt geregelten nur dem Schiffer zustehenden Disziplinargewalt. Diese, die Strafbefugnis einschließende Gewalt kann als Disziplinargewalt im engeren Sinne aufgefaßt werden. § 96 handelt aber nicht nur von der Disziplinargewalt des Schiffers, sondern auch von der eines „sonstigen Vorgesetzten“. Damit kann das Gesetz nicht den Fall einer Übertragung der Disziplinargewalt des Schiffers auf einen Stellvertreter, z. B. den ersten Steuermann, im Auge haben. Denn ein solcher Stellvertreter würde nicht seine eigene, sondern des Schiffers Disziplinargewalt ausüben. Dies nötigt zu der Auslegung, daß unter der Disziplinargewalt des „sonstigen Vorgesetzten“ die dem betreffenden Vorgesetzten ressortmäßig zustehende Kontroll- und Befehlsbefugnis, die Dienstgewalt innerhalb des ihm zur Besorgung überwiesenen Dienstzweiges gegenüber den Schiffsleuten, die dieser Dienstgewalt unterworfen sind, gemeint sein kann. **RG.** Strafs. **35** 32.

## Strandungsordnung vom 17. Mai 1874.

**§§ 36 ff.** Die Zuständigkeit der Strandbehörden zur Festsetzung des Berge- oder Hilfslohns beschränkt sich auf solche Fälle, die mit den deutschen Küsten in räumlicher Beziehung stehen. Eine Hilfeleistung z. B., die an der Küste von Marokko in der Weise vorgenommen ist, daß das gefährdete Schiff nach Gibraltar gebracht wurde, kann die Zuständigkeit eines deutschen Strandamts zur Begutachtung oder Festsetzung der dem Hilfeleistenden zukommenden Vergütung nicht herbeiführen. **RG. 51** 235.

Unter „gütlicher Einigung“ ist jede Vereinbarung zu verstehen, die über die Höhe der zu gewährenden Vergütung Festsetzung trifft, auch eine Vereinbarung, die noch während der Seenot abgeschlossen ist (HGB. § 741). Ist die Festsetzung des Betrags der Vergütung durch die Vereinbarung einem Dritten übertragen, dieser lehnt aber die Bestimmung ab, so liegt nur der Versuch einer „Einigung“ vor. Der Hilfeleistende hat daher in diesem Falle die Entscheidung der Strandbehörden nachzusuchen und kann — trotz BGB. § 319 Abs. 1 — den Rechtsweg erst beschreiten, wenn der Bescheid der Aufsichtsbehörde vorliegt (§ 39 Abs. 1). **RG. 53** 224.

## Verordnung zur Verhütung des Zusammenstoßens der Schiffe auf See vom 9. Mai 1897.

**Art. 16.** Nach Abs. 2 muß ein Dampfer, welcher anscheinend vor der Richtung querab das Nebelsignal eines anderen Fahrzeugs hört, ohne dessen Lage ausmachen zu können, stets sogleich die Maschine stoppen und demnächst vorsichtig weiter manövrieren. Befreit von der Maßregel des Stoppens ist er nur, wenn Umstände vorliegen, die dies nach nautischer Vorsicht verbieten. Mehr besagen die Worte der Verordn. „sofern die Umstände dies gestatten" nicht. **RG. 52** 87.

**Artt. 18, 21.** „Kurs halten" bedeutet in engem, gewundenem Fahrwasser nicht Fortsetzung der Fahrt in der Kielrichtung des Schiffes, sondern Fortsetzung der Fahrt auf der Seite des Fahrwassers, wo man sich befindet. **RG.** HansGerZ. **03** Hptbl. Nr. 58.

**Art. 24.** Die Pflicht des überholenden Schiffes, dem überholten aus dem Wege zu gehen, kann auch dadurch verletzt werden, daß sich das überholende Schiff, wenn es auch einen frei führenden Kurs einschlägt, dem überholten Schiffe doch in einer Weise nähert, daß dieses dadurch in eine schwierige Lage gerät, infolge deren sein Führer aus Bestürzung eine objektiv verkehrte, aber subjektiv entschuldbare Maßregel ergreift, die den Zusammenstoß herbeiführt. **RG.** HansGerZ. **02** Hptbl. Nr. 94.

**Art. 28.** Das Signal ist dazu bestimmt, den Kurs *anzuzeigen*; es darf daher nur abgegeben werden, wenn der Kurs eingeschlagen wird, weil sonst keine Anzeige des Kurses, sondern eine falsche Kundmachung vorliegen würde, die geeignet wäre, durch Irreführung des Gegenschiffs die Gefahr des Zusammenstoßens zu schaffen, statt ihr zu begegnen. Nur dann, wenn bei völliger Übersichtlichkeit der Lage, etwa bei großer Nähe beider Schiffe im Hafenverkehr, jede Irreführung durch das an sich unrichtige Signal ausgeschlossen ist und bestimmt darauf gerechnet werden kann, daß der Gegensegler es lediglich im Sinne einer an ihn gerichteten Aufforderung verstehen wird, mag es in diesem Sinne gebraucht werden. **RG.** JW. **01** 852 Nr. 38.

**Einleit. u. Art. 30.** Der alte Hafen in Bemerhaven gehört zu den mit der See in Zusammenhange stehenden, von Seeschiffen befahrenen Gewässern, auf welche die Vorschriften der Verordnung Anwendung finden, wenn nicht ihre Geltung durch landesrechtliche Vorschriften über die Schiffahrt im Hafen ausgeschlossen ist. Dies ist für den genannten Hafen weder durch die Hafenordnung v. 20. 12. 90, noch durch die auf einer Vereinbarung der Staaten Preußen, Oldenburg und Bremen beruhenden „Polizeilichen Vorschriften für die Schiffahrt und Flößerei auf der Weser unterhalb der Kaiserbrücke in Bremen" von 1895 geschehen, da letztere Vorschriften sich nur auf den *Weserstrom* beziehen. **RG.** Straff., JW. **01** 605 Nr. 16.

---

# Binnenschiffahrtsgesetz

vom 15. Juli 1895.

(in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898).

---

*Literatur:* Das Hauptwerk über das Deutsche Binnenschiffahrtsrecht ist das Buch von *Mittelstein*, 2. Aufl. 1903. Ältere Kommentare von *Landgraf* (1896), *Förtsch* (1900), und *Marzbacher* (1901).

**§ 1.** Um die Anwendbarkeit des Gesetzes zu begründen, ist — abweichend vom HGB. § 474 — nicht erforderlich, daß das Schiff zum *Erwerbe* durch

die Schiffahrt bestimmt ist. Es genügt vielmehr, daß das Schiff zur Schiffahrt bestimmt ist. Dies bedeutet, daß es sich um Schiffe handeln muß, deren Zweckbestimmung es mit sich bringt, daß sie auf dem Wasser bewegt werden. Deshalb sind Bagger, die ihren Liegeplatz wechseln, und Baggerschuten, die zur Wegschaffung der ausgebaggerten Masse dienen, „zur Schiffahrt bestimmte und verwendete Schiffe“. **RG. 51** 330.

Ein Flußschiff, das ausnahmsweise zu einer Seereise verwendet wird, untersteht, soweit außervertragliche Verhältnisse in Frage kommen, gleichwohl den Bestimmungen des Binnenschiffahrtsgesetzes. Ansprüche gegen das Flußschiff aus einem Zusammenstoß auf See verjähren daher nach BinnSchiffGes. § 117, nicht nach HGB. § 901 Nr. 2. HansOLG., HansGerZ. **02** Hptbl. Nr. 48 und **03** Hptbl. Nr. 119.

Bei einem Schiffe aber, das ständig sowohl zur Seefahrt, als auch zur Schiffahrt auf Binnengewässern verwendet wird und sich für beide Zwecke eignet, muß nach den Umständen des Falles beurteilt werden, welche Art der Verwendung und mithin welches Gesetz für die Rechtsverhältnisse maßgebend ist. Ein in das Register für Seeschiffe eingetragener Dampfer von 970 cbm Raumgehalt, der einem Groß-Reeder gehört und wiederholt zu Seereisen verwendet ist, ist Seeschiff, auch wenn er im gegebenen Falle nur zu einer Flußreise benutzt wurde. Daher hier Verjährung der Ansprüche aus einer Kollision nach HGB. § 901 Nr. 2. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hptbl. Nr. 86.

**§ 2.** „Dritte“ im Sinne dieser Bestimmung sind alle Personen mit Ausnahme der beiden, die das Gesetz nennt, nämlich des Schiffseigners und des Ausrüsters. Das Verhältnis dieser beiden zueinander wird durch § 2 nicht berührt. **RG. JW. 01** 619 Nr. 8.

**§ 3.** Die Bestimmung will nicht eine neue selbständige Deliktsobligation des Schiffseigners statuieren. Vielmehr ist der Gedanke des Gesetzes nur der, daß, wenn dem geschädigten Dritten auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen ein Ersatzanspruch gegen die schuldige Person der Schiffsbesatzung gegeben sei, auch der Schiffseigner für diesen Anspruch haften solle, und zwar in der aus § 4 ersichtlichen Beschränkung.

„Dritter“ im Sinne obiger Gesetzesstelle bedeutet den Gegensatz zum Schiffseigner einerseits und zu der schuldhaft handelnden Person der Schiffsbesatzung andererseits, nicht aber etwa den Gegensatz zu jeder Person mit der der Schiffseigner in irgendeinem oder etwa in einem auf das Schiff Bezug habenden Vertragsverhältnisse steht. **RG. JW. 01** 619 Nr. 8.

**§ 4.** Die Geltendmachung der beschränkten Haftung mit Schiff und Fracht gehört in das Verfahren über den Grund des Anspruchs (ZPO. § 304). **RG.** SeuffA. **56** Nr. 135.

Soweit die Ausführung des vom Schiffseigner abgeschlossenen Vertrags zu den Dienstobliegenheiten des Schiffers gehört, beschränkt sich die persönliche Haftung des Schiffseigners nicht etwa bloß auf culpa in eligendo. Vielmehr muß der Schiffseigner, soweit ihm eine Einwirkung auf die gehörige Vertragserfüllung möglich ist, hiervon Gebrauch machen. **RG. 48** 69.

Abs. 3 hat nicht die Bedeutung, daß für den Schaden aus einem Zusammenstoße stets nur das Schiff, das tatsächlich mit dem beschädigten zusammenstößt, solle in Anspruch genommen werden können. Die Haftung ist vielmehr so geordnet, daß jeder Eigner den Schaden zu vertreten hat, den eine zur Besatzung seines Schiffes gehörige Person durch ihr Verschulden herbeigeführt hat. Deshalb kommt es darauf an, ob die Person, auf deren Verschulden der Schaden zurückgeführt werden muß, zu der Besatzung desjenigen Schiffes zu

rechnen ist, dessen Eigner in Anspruch genommen werden muß. (Vgl. zu § 21 und zu HGB. § 734.) RG. **50** 33.

Zusatz: **Schleppschiffahrt.** Eingehende Ausführungen über die Verantwortlichkeit des Eigentümers des Schleppers einerseits und des Eigentümers des geschleppten Schiffes andererseits für die Folgen nautischer Versehen der auf dem Schleppzuge tätigen Personen der Schiffsbesatzungen, aufgebaut auf der Unterscheidung, ob der Führer des geschleppten Schiffes oder der Führer des Schleppers die Leitung des Schleppzugs hat — bei: Boyens, „Über den Begriff der Schiffsbesatzung und dessen Anwendung auf die Schleppschiffahrt", GoldschmidtsZ. **50** 73.

Aus dem Schleppvertrage haftet der Schleppunternehmer wie der Werkmeister aus dem Werkvertrage für seine Leute, wie für alle zur Ausführung des Unternehmens erforderliche Sorgfalt. Geht das zu schleppende Schiff während der Schleppreise durch eine äußere Veranlassung unter, die nach normalem Verlaufe der Dinge beim Schleppen nicht vorkommen darf, so trifft nicht den Eigentümer des geschleppten Schiffes die Beweislast dafür, daß der Schlepper den Untergang verschuldet hat, sondern den Schleppunternehmer die Beweislast dafür, daß er den Unfall und das Fehlschlagen des Unternehmens nicht verschuldet hat. Da aber die besondere Natur des Schleppvertrags darin besteht, daß das zu schleppende Schiff nicht einfach in die Hände und Obhut des Schleppers kommt, sondern eine Mittätigkeit des Führers des geschleppten Schiffes bei der Ausführung der Schleppreise vorausgesetzt wird, so wird regelmäßig vom Schlepper kein anderer Beweis zu verlangen sein, als daß er alle von einem ordentlichen Schlepper zur Vermeidung von Unfällen anzuwendende Sorgfalt wirklich angewandt habe. RG. Seuff.A. **58** Nr. 52.

**§ 7.** Schiffer ist, wer vom Schiffseigner als Führer des Schiffes bestellt ist. Gleichgültig ist, ob der Bestellung eine ständige, auf die Dauer berechnete Anstellung zugrunde liegt oder nicht. Bei den kurzen Transporten, zu denen der Hafenverkehr Anlaß bietet, ist demnach der mit der Ausführung des Transports vom Schiffseigner beauftragte Mann Schiffer. Vgl. § 131 Abs. 1. RG. **48** 68.

**§ 11.** Das Gesetz bietet keine Handhabe dafür, daß es dem Gerichte, bei dem der Antrag auf Ablegung der Verklarung anzubringen ist, eine Kontrolle darüber, ob der Antrag rechtzeitig gestellt sei, habe einräumen wollen dergestalt, daß das Gericht befugt sein solle, den Antrag eventuell als verspätet zurückzuweisen. LG. Hamburg, HansGerZ. **01** Hptbl. Nr. 59.

**§ 21.** Die Bestimmung hat nicht die Bedeutung, daß zur Schiffsmannschaft nur die dauernd auf dem Schiffe angestellten Personen gerechnet werden sollen, sondern sie soll gegenüber dem weiteren Begriffe der Schiffsbesatzung den Begriff der Schiffsmannschaft durch das Merkmal der Anstellung zum Schiffahrtsdienst abgrenzen. RG. **50** 33.

**§ 26.** Die Übernahme, ein selbständig nicht manövrierfähiges Floß eine gewisse Flußstrecke gegen Lohn zu schleppen, ist ein Frachtvertrag, wenn dem Übernehmer der Gewahrsam des Floßes während der Reise und die Ablieferung nach beendeter Reise übertragen worden ist. HansOLG., SeuffA. **56** Nr. 58.

**§ 30.** Der gesetzliche Anspruch auf Liegegeld wegen Überschreitung der Ladezeit ist unabhängig davon, ob und welchen Schaden der Schiffer durch diese Überschreitung erlitten hat; der Absender ist demnach auch nicht mit dem Einwande zu hören, daß der Schiffer kein Interesse an der Einhaltung der Ladezeit gehabt habe. HansOLG., SeuffA. **56** Nr. 57.

**§ 32.** Die Vorschrift kann keine Anwendung finden auf einen Vertrag, der nicht bloß auf Beförderung des Gutes mit dem Schiffe, sondern zugleich

und für eine einheitliche Gegenleistung auch auf eine längere Lagerung des Gutes im Schiffe (Lagerkahn) gerichtet ist. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hptbl. Nr. 88.

**§ 42.** Ausführung der Beladung (oder Entladung § 56) „mit tunlichster Beschleunigung" bedeutet, daß gefordert werden darf, was von einer ordnungsmäßigen Besatzung des Schiffes innerhalb der üblichen Arbeitszeit geleistet werden kann. Bleibt die Leistung unter diesem Maße, so ist der Schiffer nicht mehr lade- oder löschbereit und der Lauf der freien Lade- oder Löschzeit wird gehemmt. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hptbl. Nr. 68.

**§ 52.** Die Verpflichtung, den Absender zu benachrichtigen, wenn der Empfänger die Abnahme des Gutes verweigert, ist dem Frachtführer im Interesse des Absenders auferlegt. Wird die Verpflichtung nicht erfüllt, so macht sich der Frachtführer dem Absender schadensersatzpflichtig; der Empfänger aber kann darum nicht die Zahlung des Liegegeldes verweigern. HansOLG., Hans. GerZ. **01** Hptbl. Nr. 102.

**§ 58.** Die Verantwortlichkeit des Frachtführers für Verlust oder Beschädigung des Frachtguts wird nicht durch eine allgemeine Berufung auf sorgsames Verhalten beseitigt, vielmehr sind die Umstände darzutun, die den Verlust oder die Beschädigung verursacht haben, und es ist mit Rücksicht hierauf der Nachweis zu erbringen, daß den Frachtführer ein Verschulden nicht treffe. Hans. OLG., HansGerZ. **02** Hptbl. Nr. 101.

**§ 61.** Die „Feststellung des Zustandes des Gutes durch gerichtlich ernannte Sachverständige" darf nur insoweit gefordert werden, als der Zweck der Bestimmung, nämlich die alsbaldige Beseitigung von Zweifeln und Unsicherheiten über Menge, Zustand oder Beschaffenheit der Güter, eine solche Feststellung nötig macht. Besteht z. B. die Ladung aus einer Mehrzahl unter sich gleichartiger Frachtstücke, deren Menge einfach durch Zählung zu ermitteln ist, und herrscht bei der Ablieferung zwischen den Beteiligten über die tatsächlich abgelieferte Stückzahl kein Streit, so ist für eine Feststellung durch Sachverständige, die völlig zwecklos wäre, kein Raum. **RG. 52** 396.

**§ 76.** Einem Vermerke des Mangels im Ladescheine steht es gleich, wenn der Schiffer bei einem Getreidetransport eine versiegelte Sackprobe beifügt und hierauf im Ladescheine verweist. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hptbl. Nr. 40.

**§ 78.** Damit die Voraussetzungen der großen Haverei vorliegen, genügt nicht eine erst in Zukunft zu befürchtende Gefahr, deren Eintritt vorgebeugt werden soll, vielmehr muß schon eingetretene, unmittelbar drohende Gefahr vorliegen, der Schiff und Ladung gemeinsam und in gleicher Weise ausgesetzt sind. HansOLG., HansGerZ. **01** Hptbl. Nr. 119.

**§ 82.** Wenn der Schiffer nach Antritt der Reise wegen Winterfrostes in den Abgangshafen zurückkehrt, so liegt darin das Aufsuchen eines „Zwischenhafens" im Sinne der Nr. 5 obigen Paragraphen. HansOLG., HansGerZ. **01** Hptbl. Nr. 110.

Ein Schiffer, der während des Überwinterns in einem Zwischenhafen (Nr. 5) an Bord beladenen Kahnes bleibt und die notwendige Bewachung selbst übernimmt, hat Anspruch darauf, daß ihm hierfür ein angemessener Lohn in großer Haverei vergütet wird. HansOLG. II., HansGerZ. **02** Hptbl. Nr. 52.

Ebenso HansOLG. III., HansGerZ. **02** Hptbl. Nr. 75 unter Aufgabe der von diesem Senat in einem früheren Urteile vom 22. Juni 1901 (HansGerZ. **01** Hptbl. Nr. 110) vertretenen entgegengesetzten Ansicht.

**§ 83.** Unterschied zwischen dem „Zwischenorte", wo das Schiff liegen bleibt, und dem „Zwischenhafen", von dem § 82 Nr. 5 spricht. HansOLG., Hans. GerZ. **01** Hptbl. Nr. 55, **02** Hptbl. 52.

**§ 87.** Ein Ladungsbeteiligter, der von dem Schiffer verlangt hat, daß die Dispache von einem Sachverständigen aufgestellt werden solle, ist vor Beibringung einer solchen Dispache zur Zahlung eines Havereibeitrags nicht verpflichtet. HansOLG., HansGerZ. **01** Hptbl. Nr. 84.

**§ 93.** Nur wenn es sich um die Bergung einer Schiffsladung handelt, fordert das Gesetz, daß die Gefahr, worin sich die Ladung befand, in einem „unmittelbar" drohenden Untergange des Schiffes bestanden haben muß. Der Anspruch auf Hilfslohn nach Abs. 2 aber ist nicht davon abhängig, daß die Schiffahrtsgefahr, aus der die Rettung erfolgt, eine „unmittelbare" sein müsse. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hptbl. Nr. 19.

Wenn das Anhangsfahrzeug eines Schleppzugs zwar von dem auf ihm befindlichen Schiffsmanne verlassen, aber noch im Tau des Schleppers verblieben ist, dessen Mannschaft mit für die Navigierung des Anhangsfahrzeugs zu sorgen hat, so kann von einem Bergungsfalle im Sinne des Abs. 1 keine Rede sein, sondern nur von einer Hilfeleistung im Sinne des Abs. 2. HansOLG., HansGerZ. **02** Hptbl. Nr. 124.

**§ 114.** Ist die Forderung des Schiffsgläubigers, für welche der Schiffseigner nur mit Schiff und Fracht haftet, auf das Verschulden einer Person der Schiffsbesatzung gegründet (§ 4 Abs. 1 Nr. 3), so greift die hier vorgesehene beschränkt persönliche Haftung nur gegen den Schiffseigner Platz, der die Besatzung, deren Verschulden zu vertreten ist, angestellt hat. Die Vorschrift ist daher nicht anwendbar gegen einen Dritten, der das Schiff nach Entstehung der Forderung erworben hat, wenn dieser freilich auch die Zwangsvollstreckung in das Schiff dulden muß. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hptbl. Nr. 128.

---

# Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

### vom 20. April 1892 / 20. Mai 1898.

Literatur: I. Kommentare u. systematische Darstellungen: Esser, Rob., Das Reichsgesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (3), Berlin 1902 — Menzbacher, Siegm., München 1900. — Neukamp, E., Berlin 1901. — Staub, Hermann, Berlin 1903. — Parisius und Crüger, Systematische Darstellung u. Kommentar nebst Entwürfen von Gesellschaftsverträgen und praktischer Anleitung für die Registerführung (3), Berlin 1901. — Förtsch, R., Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (2). — II. Einzelheiten: Bauer, Jos., Auflösung u. Liquidation der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Leipzig. — Hachenburg, Ist der gesetzliche Maßstab für die Einzahlung der Nachschüsse bei den Gesellschaften mit beschränkter Haftung (§ 26 Abs. 2 des Gesetzes) zwingendes Recht? Holdheims MSchr. **13** 64—66.

## Erster Abschnitt.

### Errichtung der Gesellschaft.

**§ 1.** Die G. m. b. H. ist eine juristische Person (ebenso wie die Aktiengesellschaft) und nach der Terminologie des BGB. ein Verein im Sinne von § 22 BGB., dessen Rechtsfähigkeit auf besonderen reichsgesetzlichen Vorschriften beruht. Das BGB. ist daher die subsidiäre Rechtsquelle auch für die G. m. b. H. Die Vorschriften über die Gesellschaften finden nicht Anwendung, da diese gemäß § 54 BGB. nur für nicht rechtsfähige Vereine gelten. Dem-

gemäß finden auch §§ 29, 48 Abs. 1 BGB. Anwendung, und falls ein Liquidator fehlt, so muß das Amtsgericht in dringenden Fällen, insbesondere, wenn es sich um Vollstreckung eines vorläufig vollstreckbaren Urteils gegen die Gesellschaft handelt, für die Zeit bis zur Hebung des Mangels einen Liquidator bestellen. KGJ. **23** A 105, OLG. **4** 256, R. **02** 178 (813), 270, CBlFrG. **2** 674, 781, DJZ. **02** 53, RJA. **3** 25, ZAktWes. **9** 111, 182, JW. **02** 394, PrOVG. **32** 76.

Eine weitere, dem Rechte des BGB. sogar vorgehende ergänzende Rechtsquelle ist das HGB. nebst Einführungsgesetz, denn die G. m. b. H. ist eine Handelsgesellschaft (§ 13 Abs. 3). Es kommen also daneben alle Vorschriften zur Anwendung, welche sich aus dieser Eigenschaft ergeben. Staub 19 Einleitung.

**§ 2.** I. Abs. 1. 1. Das formlose Versprechen, sich an einer zu gründenden Gesellschaft mit einer bestimmten Einlage zu beteiligen, ist ungültig. **RG.** SeuffA. **55** 78. Ebenso **RG.** R. **00** 154. — Staub 32 Anm. 25, 26 vertritt dagegen unter Bekämpfung von **RG. 43** 136 den Standpunkt, daß, abgesehen von besonderen Fällen, bei denen sich notwendigerweise etwas anderes ergibt (§§ 311, 313 BGB. 2c.), ein Rechtsgeschäft, durch welches die Verpflichtung zur Gründung oder Mitbegründung einer G. m. b. H. übernommen werde, nicht der gerichtlichen oder notariellen Form bedürfe.

2. Die Beteiligungserklärung verträgt keinen Vorbehalt und keine Bedingung. Anders die Verpflichtungserklärungen zur Beteiligung. OLG. **3** 261 (KG.).

3. Die Beteiligungserklärung, mittels welcher eine Person einer G. m. b. H. beitritt, ist ebensowenig wie die Aktienzeichnung durch die Behauptung anfechtbar, der Beitretende sei durch die übrigen Mitgliedschafter mittels Betrugs zum Beitritte veranlaßt worden. OLG. Köln, R. **02** 593 (2749), vgl. **RG. 45** 107 für Genossenschaften. Ebensowenig ist Irrtum, Bedingung, Vorbehalt von Belang. Staub 31 Anm. 21.

4. Das Gesetz kennt nicht die Form der Zeichnungsgründung. Ein nicht in gerichtlicher oder notarieller Form abgegebenes Versprechen, eine bestimmte Einlage zu leisten (Zeichnungsschein für Gründung einer G. m. b. H.), ist wirkungslos. KGBl. **13** 55 (KG.), R. **02** 299 (1519), CBlFrG. **2** 900, ZAktWes. **9** 225.

5. Auch juristische Personen können sich zu einer G. m. b. H. zusammenschließen. CBlFrG. **2** 455, OLG. **3** 259 (KG.); Staub 30 Anm. 13.

6. Die Vertreter öffentlicher Korporationen bedürfen zum Abschlusse des Gesellschaftsvertrags keiner beglaubigten Vollmacht. Der Vertreter muß sich allerdings als zur Eingehung von Verbindlichkeiten für die von ihm vertretene juristische Person befugt legitimieren. Die Legitimationsurkunde ist jedoch keine privatrechtliche Vollmacht im Sinne des § 2, sondern nur der Ausweis für die Vertretungsbefugnis. Sie unterliegt daher nicht den für Vollmachten gegebenen besonderen Formvorschriften, sondern ist den die Verfassung der juristischen Person regelnden Gesetzen gemäß auszustellen. OLG. **3** 259 (KG.).

7. Wie für gesetzliche Vertreter die nachträgliche Einreichung der Legitimationsurkunden genügt, um einen gültigen Gesellschaftsvertrag zustande zu bringen, so ist auch für rechtsgeschäftliche Vertretungen der nachträglichen Genehmigung gleiche Wirkung beizumessen. Die Genehmigung unterliegt der Formvorschrift aus Abs. 2. Die vor Beibringung der Genehmigungsurkunde abgegebenen Erklärungen der übrigen Gesellschafter haben den Charakter der Vertragsofferte (§§ 128, 184 BGB.) OLG **3** 261, 262 (KG.), Staub 29, Förtsch § 2 Anm. 6; vgl. auch RJA **2** 85 (KG.).

8. Die Nichtigkeit eines der gesetzlichen Form entbehrenden Vertrags über die Errichtung einer G. m. b. H. wird nicht dadurch geheilt, daß die

Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird. Es ist die Nichtigkeitsklage gegeben. **RG. 54** 419, JW. **03** 74, DJZ. **03** 321, CBlFrG. **4** 110, R. **03** 459 (2409), Holdheims MSchr. **12** 184, a. M. Staub 34 Anm. 27 und 406 Anm. 3 II und DJZ. **03** 336, jedoch Hachenburg ebenda 439. Vgl. auch RG. ZAktWes. **10** 223, 233 unter Aufhebung des OLG. Jena, ThürBl. **50** 202, R. **03** 486 (2522).

9. Jede Ergänzung des Gesellschaftsvertrags unterliegt den Vorschriften des § 2; insbesondere die Vereinbarung, durch die die von einem Gesellschafter den anderen gewährleistete Verzinsung der Einlagen abgeändert wird. Bezweckt die notariell beurkundete Vereinbarung eine Ergänzung des Vertrags, ist es so anzusehen, als wenn sie in diesen selbst aufgenommen wäre. BayrObLG., R. **02** 270, auch 506 (2305), OLG. **5** 281, CBlFrG. **3** 184.

II. Abs. 2. 1. Da das Gesetz gerichtliche oder notarielle Beglaubigung verlangt, genügt nicht Beglaubigung durch den Gerichtsschreiber, auch wenn das Landesrecht diesen zu öffentlichen Beglaubigungen für zuständig erklärt. CBlFrG. **2** 121, OLG. **6** 109 (KG.), CBlFrG. **3** 640, KGJ. **25** A 11, ZAktWes. **10** 180, Anders u. § 12 Nr. 1.

2. Die Vollmacht zur Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrags einer G. m. b. H. ermächtigt, für den Vollmachtgeber bei Abschluß des Gesellschaftsvertrags die Einzahlung einer Stammeinlage zu versprechen, selbst wenn aus der Vollmacht nicht ersichtlich ist, bis zu welchem Betrage das Versprechen einer Stammeinlage gestattet worden ist. Die Auffassung, daß eine Vollmacht, wie die im § 2 des Gesetzes gedachte, auch die Höhe der Stammeinlage bestimmen oder begrenzen müsse, ist nicht gesetzlich zu begründen. Die auf Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrags lautende Vollmacht berechtigt schlechthin zur Übernahme der Stammeinlage in Gemäßheit des Inhalts des Vertrags. KGJ. **19** A 17 (KG.).

3. Eine eingetragene G. m. b. H. ist nicht um deswillen nichtig, weil beim Abschlusse des Gesellschaftsvertrags für einen Gesellschafter ein Vertreter ohne Vertretungsmacht mitgewirkt hat und der Vertretene die Genehmigung zum Vertrage verweigert. Die Entstehungsgeschichte der G. m. b. H. §§ 75, 76 und des FrGG. § 144 beweist, daß man die Nichtigkeit lediglich auf die in den §§ 75, 76 hervorgehobenen Fälle hat beschränken wollen. Die Haftung des falsus procurator aus § 179 BGB. rechtfertigt gleichfalls die Annahme, daß der Akt nicht als nichtig angesehen werden könnte. KGJ. **23** A 100, OLG. **4** 254, CBlFrG. **2** 741, 774, R. **02** 177, RJA. **3** 16, ZAktWes. **9** 157. Staub 406 II Anm. 3.

**§ 3.** I. Abs. 1. Ziff. 1. Der Sitz der Gesellschaft wird im allgemeinen durch den Ort, wo die Verwaltung geführt wird, bestimmt. Die Statuten können eine hiervon abweichende Regelung treffen, insofern sie den Sitz an einen Ort verlegen können, wo die Verwaltung nicht geführt wird. Der statutarisch anderweit bestimmte Sitz bildet die Hauptniederlassung (§ 17 ZPO.). Der Ort, an dem in solchem Falle die Verwaltung geführt wird, hat daneben nicht auch noch die Eigenschaft eines Hauptsitzes, sondern nur die einer Zweigniederlassung und stellt den Ort einer gewerblichen Niederlassung dar (§ 21 ZPO.). RG. Holdheims MSchr. **11** 125, Staub 35 Anm. 3, 4, (§ 24 BGB.). Über das Verfahren bei Sitzverlegung siehe die diesbezügl. Entsch. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften: KGJ. **21** A 269, OLG. **2** 336, Holdheims MSchr. **10** 161.

2. Ziff. 4. Es ist unzulässig, daß die G. m. b. H. eine Anleihe aufnimmt, um daraus die von den Gesellschaftern zu leistenden Stammeinlagen ganz oder teilweise zu decken; ist dies dennoch geschehen, so sind die Gesellschafter jederzeit verpflichtet, das zu diesem Zwecke von der Gesellschaft Aufgewendete dieser zu erstatten. RG. **47** 180.

II. Abs. 2. In jedem Falle ist nach den besonderen Umständen zu prüfen, ob die von einem Gesellschafter der Gesellschaft gegenüber eingegangene Verpflichtung ihn in seiner Eigenschaft als Gesellschafter oder unabhängig davon trifft. **RG.** JW. **03** 188 (53), R. **03** 557 (2879), Holdheim MSchr. **12** 216.

Die Frage, ob eine Über- oder Unterpari-Ausgabe der Stammeinlage zulässig sei, ob ein Agio erzielt werden kann, wie dies bei der AG. nach § 262 HGB. zulässig ist, ist umstritten. Beide Fragen verneinen Esser (§ 3) und Neukamp Anm. 4 zu § 3 und Anm. 3 zu § 5; Staub Anm. 26 zu § 3 u. Anm. 24 zu § 5 u. Liebmann Anm. 4 zu § 5 halten die Überpari-Ausgabe für zulässig.

**§ 4.** I. Abs. 1. 1. Soweit eine Sachfirma gewählt wird, muß die Firma den Gegenstand des Unternehmens mindestens im wesentlichen ersichtlich machen. SeuffA. **56** 8 (KG.).

2. Bei einem auf wohltätige Zwecke, nämlich auf Verpflegung und Unterbringung von Rekonvaleszenten gerichteten Unternehmen entspricht die Firma „Haus Nazareth" diesem Erfordernisse nicht. Jeder Gesellschafter, jeder Geschäftsführer, jedes Mitglied des Aufsichtsrats kann die Nichtigkeitsklage gegen die unter der unzulässigen Firma registrierte Gesellschaft erheben (75). Der Registerrichter kann die Löschung der Gesellschaft verfügen (§ 144 FrGG.). Der Grundbuchrichter darf die Eintragung einer solchen Gesellschaft als Eigentümerin ablehnen. KGJ. **20** A 282, RJA. **1** 163, **3** 38, 153.

3. Die Bestimmung des § 4 (und die des § 18 Abs. 2 HGB.) gestatten nicht die Wahl eines Zusatzes, der sich als Fortführung einer fremden Firma außerhalb des durch die §§ 22, 23 HGB. abgesteckten Rahmens darstellt. **RG. 56** 189.

4. Ist einem Kaufmann in Preußen auf Grund der Bestimmungen des Ministeriums des kgl. Hauses über die Führung von Hofprädikaten v. 10. 1. 88 die Führung des ihm von einem nichtpreußischen Souverän verliehenen Hoflieferantenprädikats gestattet, so kann nicht in die Firma einer G. m. b. H., in welche das Geschäft dieses Kaufmanns eingebracht ist, der Name des Kaufmanns mit den vorgesetzten Worten „vormals Hoflieferant" aufgenommen werden. KGJ. **23** A 209.

5. KGJ. **19** A 15: Eine sinnbildliche Bezeichnung kann in die Firma einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung aufgenommen werden, wenn sie mit dem Gegenstande des Unternehmens im Zusammenhange zu bringen ist und unter Umständen selbst dann, wenn die Bezeichnung zugleich den Namen einer nichtbeteiligten Person darstellt. Der Firmenzusatz „mit beschränkter Haftung" kann in Klammer gesetzt werden.

6. KGJ. **20** A 267, RJA. **1** 115: Zusätze, selbst phantastisch klingende und reklamehafte, sind erlaubt.

7. KGJ. **22** A 100: Zur Täuschung darf der Zusatz nicht führen können.

8. DJZ. **02** 202 (KG.), **RG.** JW. **02** 186: Dem Erfordernis aus § 30 HGB. (deutliche Unterscheidung der Firma von älteren Eintragungen) muß auch für die Gesellschaftsfirma genügt werden. Der Zusatz „Gesellschaft mit beschränkter Haftung" ist kein genügendes Unterscheidungsmerkmal.

II. Abs. 2. 1. Es ist gleichgültig, an welcher Stelle in der Firma die Bezeichnung „mit beschränkter Haftung" steht. Unter „zusätzlicher Bezeichnung" ist ein Beisatz zu verstehen, nicht der Schlußsatz. LG. Bromberg, PosMschr. **01** 51, R. **01** 390 (1560); vgl. Liebmann Anm. 4 zu § 4; Staub Anm. 6 zu § 4; Dernburg I § 89; OLG. Dresden, Holdheims MSchr. **7** 60.

2. Da die Firma der Gesellschaft in allen Fällen die zusätzliche Bezeichnung „mit beschränkter Haftung" enthalten muß, so ist diese Bezeichnung an den Schluß der Firma zu stellen; sonst könnte die Gesellschaft im Hinblick auf

§ 75 für nichtig erklärt werden. Esser (§ 4); Förtsch Anm. 3 zu § 4; Parisius u. Crüger 72; PosMschr. **97** 220.

**§ 5.** Abs. 2. 1. Die Stammeinlage eines Gesellschafters kann bei Errichtung der Gesellschaft von einer nicht rechtsfähigen Personenvereinigung nicht übernommen werden. Die Gesellschaft ist nicht eintragungsfähig. § 18 läßt nur für den Geschäftsanteil zu, daß er mehreren Mitberechtigten zusteht und ist auf die Stammeinlage nicht auszudehnen. OLG. Stuttgart, KGJ. **23** D 22, R. **01** 433 (1687), CBlFrG. **2** 220, RJA. **2** 130.

2. Das Verbot in Abs. 2 trifft nicht zu, wenn eine o. HG. und außerdem ihre Gesellschafter Stammeinlagen übernehmen. Die o. HG. gilt in dieser Hinsicht als selbständiges Vermögenssubstrat. LG. Straßburg, CBlFrG. **2** 343.

3. Zahlt die Gesellschaft an Stelle eines Gesellschafters die von diesem zu entrichtende bare Stammeinlage, so ist der Gesellschafter der Gesellschaft gegenüber dadurch von seiner Einzahlungspflicht nicht befreit. **RG.** Holdheims MSchr. **10** 121, **RG.** **47** 180.

4. Abs. 4. Unzulässig ist, daß im Gesellschaftsvertrage bestimmt wird, daß auf die von jedem Gesellschafter mit 50 % sofort bar einzuzahlenden Stammeinlagen auch sichere kautionsfähige Wertpapiere zum Geldkurs in Zahlung gegeben werden könnten. LG. Gießen, HessRspr. **1** 149, CBlFrG. **1** 679.

5. Die Festsetzung der Geldwerte der Einlagen ist der Vereinbarung der Gesellschafter überlassen. Es ist den Gesellschaftern nicht zur Pflicht gemacht, bei dieser Festsetzung den objektiven oder den Verkehrswert der Einlagen nicht zu überschreiten, um eine falsche Vorstellung der Gläubiger über den Wert des Vermögens der Gesellschaft zu verhüten. Würden aber falsche Wertbestimmungen in der Absicht, dritte Personen zu täuschen, gemacht sein, so würden die Gesellschafter aus dem Betruge haften. **RG.** Holdheims MSchr. **10** 142, 511 Nr. 5.

6. Die Gegenstände, welche Gesellschaftsvermögen werden sollen, können entweder von den Gesellschaftern oder einem derselben eingelegt werden oder es kann die Gesellschaft sie von einem Dritten mit der Bestimmung übernehmen, daß die zu leistende Vergütung auf Stammeinlagen angerechnet werde. Die von den Gesellschaftern einzubringenden Gegenstände können auch solche sein, die nicht den Gesellschaftern gehören, sondern erst erworben werden sollen. Die Gesellschafter schließen alsdann den Erwerbsvertrag als Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 177 BGB.) für die neue Gesellschaft, an welche später unmittelbar von seiten des Veräußerers die Gegenstände übertragen werden. BayrObLG., OLG. **1** 248, SeuffA. **56** 96, KGJ. **20** D 27, **RG.** SächsA. **10** 310, JW. **00** 414 R. **00** 539.

7. Wenn in dem Gesellschaftsvertrag einer G. m. b. H. die Bestimmung getroffen ist, daß die den Gesellschaftern obliegende, nicht in Geld bestehende Einlage von einem Dritten zu bewirken ist, so liegt darin, daß die Gesellschaft mit dieser Bestimmung zustande kommt, zugleich schon die Genehmigung des mit dem Dritten geschlossenen Vertrags. Entsch. wie vorher.

8. Wenn ein Gesellschafter eine Sacheinlage in Gestalt eines Teiles eines einheitlichen Ganzen macht und den anderen Teil gegen Geldübernahme von Schulden oder sonstiges Entgelt der Gesellschaft überläßt, so ist diese Überlassung nach dem Stempelsteuergesetze vom 31. Juli 1895 zusammen mit der Sacheinlage als „Einbringen" im Sinne der Tarifstelle 25c, nicht gesondert von der Sacheinlage gemäß Tarifstelle 32 zu verstempeln. Der Errichtungsstempel Tarifstelle 25a ist auf den Einbringungsstempel auch bezüglich der unter dem Einbringen mitbegriffenen Übernahme mitanzurechnen. **RG.** **51** 390, 392. Vgl. Heinitz, Komm. z. Stempelsteuergesetz (2) 376 Note 4; Hummel und Specht 680 Note c.

**§ 6.** Abs. 2. 1. Auch wenn ursprünglich die Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrage bestellt worden sind, so verbleibt es hinsichtlich der Bestellung späterer Geschäftsführer bei der Vorschrift des § 6 Abs. 2, wonach die Bestellung der Geschäftsführer auch nach den allgemeinen Vorschriften des Abschn. 3 erfolgen kann. Die spätere Bestellung enthält keine Abänderung des Gesellschaftsvertrags. Einer gerichtlichen (notariellen) Beurkundung bedarf es also nicht. OLG. **3** 64 (KG.), KGJ. **21** A 261, CBlFrG. **2** 296.

2. Durch die Bestellung der Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrage wird dieselbe nicht materieller Bestandteil des Gesellschaftsvertrags in dem Sinne, daß sie nunmehr die rechtlichen Schicksale des letzteren teilt. **RG.** **44** 95. Ebenso KGJ. **21** A 261.

3. Die Bestellung des A. zum Geschäftsführer und des B. zum stellvertretenden Geschäftsführer ist im Gesellschaftsvertrag vermerkt. Durch die Aufhebung dieses Paragraphen ist die Bestellung nicht hinfällig geworden. Ein derartiger in den Gesellschaftsvertrag aufgenommener Vermerk über eine bei dem Abschlusse des Vertrags erfolgte Wahl kann nicht als materieller Bestandteil dieses Vertrags aufgefaßt werden. Er hat lediglich die Bedeutung der Beurkundung der Ernennung. Die Bestellung dauert bis zur gesetzmäßigen Beendigung fort. OLG. **1** 187 (KG.), R. **00** 331, Gruchots Beitr. **44** 882.

4. Die Bestellung des jeweiligen Pfarrers bzw. Pfarrverwalters zu N. N. zum Geschäftsführer ist zulässig. LG. Wiesbaden, Holdheims MSchr. **9** 177.

5. Es ist anzunehmen, daß, auch wenn die Bestellung der Geschäftsführer nicht im Gesellschaftsvertrage, sondern erst später gemäß § 46 Nr. 5 erfolgt, Gesellschafter sich an ihrer eigenen Bestellung zu Geschäftsführern beteiligen, sich also selbst ihre Stimme geben können; dem steht § 47 Abs. 4 nicht entgegen; der Gesellschafter tritt durch seine Bestellung als Geschäftsführer zwar in ein Rechtsverhältnis zur Gesellschaft; durch die Bestellung allein gelangt aber noch kein Rechtsgeschäft mit dem Gesellschafter zum Abschluß; erst wenn durch die Beschlußfassung die Bedingungen der Anstellung festgesetzt werden sollen. hat sich der betreffende Gesellschafter der Abstimmung hierüber zu enthalten. Esser,

**§ 7.** Abs. 2. 1. „Einzahlung" liegt vor, wenn die Gesellschaft die Möglichkeit freier Verfügung über das betreffende Vermögensobjekt hat. **RG.** GoltdA. **47** 169.

2. Die Einzahlung auf eine in Geld zu leistende Stammeinlage kann nur durch eine solche Rechtshandlung geschehen, durch welche der betr. Geldbetrag den Geschäftsführern der Gesellschaft zur freien Verfügung für letztere gestellt wird. Unter allen Umständen setzt eine Einzahlung einen Akt der Rechtsübertragung voraus. **RG.** Straff. **32** 82.

3. Nach der in der Entsch. des RG. vom 25. Mai 1898 aufgestellten Ansicht stehen der Barzahlung der Stammeinlagen andere Arten von Leistungen gleich, welche insofern als sie in jedem Augenblicke mit zweifelloser Sicherheit in bares Geld umgesetzt werden können, einen dem Gelde gleichkommenden Wert besitzen, und über welche die Gesellschaft um dieser ihrer Eigenschaft willen jederzeit frei verfügen kann. **RG.** Straff. **36** 186. Vgl. § 19 Nr. 3 u. 4.

4. Leistungsmittel für Zahlungen auf die Stammeinlagen sind nicht etwa auch gezogene Wechsel, die einen späteren Verfalltag als den Zeitpunkt ihrer Einlage haben und zu ihrer alsbaldigen Umsetzung in Geld erst einer Diskontierung bedurften. **RG.** Straff. **36** 185. Vgl. u. § 19 Nr. 3 u. 4.

5. Der Vorschrift des § 7 Abs. 2 ist nicht schon genügt, wenn überhaupt ein Viertel der Stammeinlagen eingezahlt ist, sondern es muß die entsprechende Einzahlung auf jede Stammeinlage gemacht sein. **RG.** Straff. **33** 252, auch **26** 66.

6. Ein Gesellschafter, dessen Stammeinlage außer in barem Gelde auch in

anderen Leistungen besteht, braucht zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 auf den in barem Gelde bestehenden Teil dann nichts einzuzahlen, wenn der Wert seiner anderen Einlage ein Viertel seiner gesamten Stammeinlage übersteigt. **RG.** GoltdA. **48** 304; a. M. Staub 65 Anm. 14 gegen die dort aufgeführten Kommentare.

7. Das Registergericht hat die Ausführung der Verpflichtungen der Gesellschafter nicht zu überwachen; es hat nur zu prüfen, ob in der Anmeldung die Versicherung abgegeben ist, daß die in Abs. 2 des § 7 bezeichneten Einlagen bewirkt sind und der Gegenstand der Leistung sich in der freien Verfügung des Geschäftsführers befindet. LG. Gießen, HessRspr. **1** 149.

8. Das Registergericht hat in eine Prüfung der ihm überreichten Urkunden dahin einzutreten, ob sie die nachgesuchte Eintragung rechtfertigen oder nicht. KGJ. **25** A 253 (KG.), GoldschmidtsZ. **54** 290, R. **03** 127, CBlFrG. **3** 674. A. A. Parisius-Crüger 184 Anm. 1; Liebmann 105 Anm. 3.

**§ 8.** 1. Zwecks Verhinderung der Eintragung einer G. m. b. H. auf Grund eines von dem Geschäftsführer abgeänderten Gesellschaftsvertrags kann eine einstweilige Verfügung erlassen werden. OLG. Frankfurt, R. **02** 268; BuschsZ. **30** 145.

2. Im Falle der Verpfändung liegt nicht freie Verfügung vor. Wegen der nach Abs. 2 abzugebenden Versicherung dürfen diejenigen Ausgaben, welche in dem Gründungsstadium absolut notwendig sind, z. B. die oft sehr erheblichen Kosten der Stempelung des Gesellschaftsvertrags, die Notariatskosten, die Kosten für die Aufbewahrung der bewirkten Sacheinlagen ꝛc., nicht aus den bewirkten Einlagen gemacht werden, sondern es ist nur der Ausweg möglich, daß ein Gesellschafter oder ein Dritter jene Auslage macht, und der Geschäftsführer sich im Namen der Gesellschaft obligatorisch verpflichtet, ihm die Auslagen zu ersetzen, sobald die Gesellschaft eingetragen wird. Staub, DJZ. **03** 76.

3. Esser: Die nach Abs. 2 von den Geschäftsführern in der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister abzugebende Versicherung bezieht sich nur auf die in Geld zu leistenden Einlagen, von denen der bezogene § 7 Abs. 2 handelt; sonst hätte § 5 Abs. 4 angezogen werden müssen; a. M. Staub 62 ff. Anm. 11 ff. u. 71 Anm. 14.

**§ 10.** Die Personen der Gesellschafter und die Beteiligung derselben sind in das Handelsregister nicht einzutragen, (selbst dann nicht, wenn es sich um Sacheinlagen handelt. Im letzteren Falle ist nur die Veröffentlichung aus § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 3 hinsichtlich der Festsetzungen über die Sacheinlagen angeordnet). Vielmehr geben hierüber nur die Registerakten dadurch Auskunft, daß bei Anmeldung der Gesellschaft der Gesellschaftsvertrag beizufügen ist, der von sämtlichen Gesellschaftern unterzeichnet sein und den Betrag der Stammeinlage jedes Gesellschafters enthalten muß, und daß außerdem zunächst mit dieser Anmeldung, und, wenn Veränderungen vorkommen, alljährlich im Januar eine Gesellschafterliste dem Registergericht einzureichen ist, aus der die Gesellschafter und deren Beteiligung hervorgehen. Holdheims MSchr. **10** 128 (KG.), auch NaumbAK. **00** 20.

**§§ 11, 13.** 1. Die G. m. b. H. entsteht erst mit der Eintragung in das Handelsregister. Die Gebühr für die Errichtung des Gesellschaftsvertrags wird daher nur von den einzelnen Personen geschuldet, welche die Tätigkeit des Notars in Anspruch genommen haben; sie haben auch nur gegen den die Gebühren des Notars festsetzenden Gerichtsbeschluß das Beschwerderecht. BayrObLG., R. **03** 459 (2405), CBlFrG. **4** 271.

2. Wenn der Gesellschaft vor ihrer Eintragung ein Grundstück aufgelassen wird, ist die Auflassung gültig. Abs. 1 § 11 bedeutet nur, daß die Eintragung

für die Selbständigkeit der Gesellschaft nach außen entscheidend ist; im Innern aber besteht tatsächlich schon vorher ein Rechtssubjekt, welches von dem die Gründung betreibenden verschieden ist. LG. Straßburg, ElsLothrZ. **27** 517.

3. Die in ihrer Entstehung begriffene G. m. b. H. ist eine Gelegenheitsgesellschaft, jetzt also eine Gesellschaft bürgerlichen Rechtes. PrOVG., DJZ. **02** 511; Staub 82 Anm. 2.

4. Die Übereignung und Auflassungserklärung an eine G. m. b. H. ist rechtswirksam, wenn die Gesellschaft zwar nicht z. Z. dieser Erklärungen, aber z. Z. wo der Grundbuchvermerk erfolgen soll, im Handelsregister eingetragen ist. LG. Frankenthal, CBlFrG. **2** 730.

5. Die Haftung aus § 200 HGB. — ebenso aus § 11 Abs. 2 G. m. b. H. — ist nicht davon abhängig, daß der Handelnde dem Dritten die Existenz der AG. oder G. m. b. H. vorgespiegelt hat oder daß dem Dritten die Nichtexistenz der Gesellschaft unbekannt war. Allerdings kann die persönliche Haftung durch Vertrag ausgeschlossen werden. **RG.** DJZ. **00** 529 (81), **47** 1 für AG.; **RG.** JW. **02** 317 (33); DJZ. **02** 295; R. **02** 270; Holdheims MSchr. **11** 199; Gruchots Beitr. **46** 848 für G. m. b. H.; a. M. Staub 84 Anm. 9 und Heine, DJZ. **01** 555.

**§ 12.** 1. Nur das Gericht der Hauptniederlassung, weder ein anderes Gericht, noch ein Notar, kann die Beglaubigung des Gesellschaftsvertrags und der Liste der Genossen vornehmen. Es hat aber nicht ausgeschlossen werden sollen, daß die Beglaubigung von dem Gerichtsschreiber des Gerichts der Hauptniederlassung ausgestellt wird. Auf Grund des § 200 FrGG. in Verbindung mit dem Art. 35 des PrFrGG. und mit § 4 des ElsLothrAusfGes. zum FrGG. ist vielmehr in Preußen und in Elsaß-Lothringen auch der Gerichtsschreiber zu der in Rede stehenden Beglaubigung befugt. OLG. Colmar, R. **03** 557 Nr. 2880; Staub 86 Anm. 19, 20 (anders § 2 Nr. 10).

2. Dem Registerrichter steht bei Eintragung der Zweigniederlassung die Prüfung, ob die Erfordernisse des § 5 Abs. 4 d. Ges. bei Begründung der Gesellschaft gewahrt sind, nicht zu. Nur die Veröffentlichung, nicht aber die Eintragung, hat die Feststellungen des § 5 Abs. 4 zu enthalten. LG. Mainz vom 14. 5. 00, HessRspr. 185; CBlFrG. **1** 311; Staub 91 Anm. 24.

3. Wird eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die ihren Sitz im Deutschen Reiche außerhalb Preußens, aber verschiedene Zweigniederlassungen in Preußen hat, in die mehreren Preußischen Handelsregister der Zweigniederlassungen eingetragen, so ist nur für die erste Eintragung in ein Preußisches Register die volle Gebühr des § 72 Nr. 3a PrGKG., für jede fernere gleichartige Eintragung in ein anderes Preußisches Register aber lediglich das Zweifache des Gebührensatzes des § 72 Nr. 1a zu erheben. KGJ. **20** B. 31.

4. Nach ausländischem Rechte richtet es sich, ob eine im Auslande befindliche Zweigniederlassung einer in Deutschland domilizierenden G. m. b. H. eingetragen werden kann. Vgl. DJZ. **02** 475 für die Schweiz; s. Einleitung Nr. 11.

## Zweiter Abschnitt.

## Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

**§ 13.** 1. S. § 1 und § 11 Nr. 1 und Nr. 3.

2. Die G. m. b. H. ist eine juristische Person. Ein antichretisches Recht, das vor 1900 einem Gläubiger neben einer Hypothek für so lange bestellt worden war, als er selbst Hypothekengläubiger sein werde, gelangt daher zum Erlöschen, sobald von ihm die Hypothek an eine G. m. b. H. abgetreten wird, und zwar auch dann, wenn er selbst Teilhaber dieser Gesellschaft ist. **RG.** DJZ. **02** 547.

3. Ein Gesellschafter einer G. m. b. H. ist im Gesellschaftsprozesse nicht Partei, da die Gesellschaft eine juristische Person ist. Er hat auch nur ein tatsächliches Interesse am Ausgange des Prozesses. Auf ihn findet daher ZPO. § 393 Nr. 4 keine Anwendung. **RG.** JW. **02** 394, ZAktWes. **9** 275.

4. Weil die G. m. b. H. ein besonderes Rechtssubjeckt ist, so ist ihr Gewerbebetrieb nicht Gewerbebetrieb ihrer Mitglieder. SächsOVG., DJZ. **02** 396.

5. Ob eine G. m. b. H. ein Handelsgewerbe betreibt oder nicht, ändert an ihrer Qualität als HG. nichts. Sie ist solchenfalls aber nicht gewerbesteuerpflichtig. PrOVG. **2** 235 für AG. Hinsichtlich der Formfreiheit, der Anwendung der GewO. s. Staub 99 Anm. 23, 24.

**§ 15.** Abs. 1. 1. Da die Geschäftsanteile verkäuflich sind, sind sie auch pfändbar. Der Gläubiger erwirbt durch die Pfändung die aus dem Gesellschaftsverhältnisse hervorgehenden Rechte des Schuldners bis zur Befriedigung wegen seiner Forderung. Conrades, DJZ. **03** 310 ff.

2. Der Beitritt mit Einschuß neuen Kapitals und die käufliche Übernahme eines alten Geschäftsanteils (sei es auch aus den Händen der Gesellschaft selbst) sind zwei Dinge, die nicht nur juristisch-technisch, sondern auch ihrem inneren Wesen und wirtschaftlichen Kerne nach völlig verschieden voneinander sind. **RG.** **50** 47, JW. **02** 100 (44), DJZ. **02** 175.

3. Im Gesellschaftsvertrag ist gesagt, daß den Gesellschaftern bei Vermeidung einer Vertragsstrafe die Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäfte verboten ist. Hat ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil abgetreten, so ist er an das Konkurrenzverbot nicht mehr gebunden. **RG.** SeuffA. **55** 42.

4. Der Kläger A. hatte von der übernommenen Stammeinlage 50000 M. bezahlt. Von dem Reste hatte R. 25000 M. an die Gesellschaft S. vor der später für nichtig erklärten Abtretung gezahlt. Damit hatte er die Schuld des A. an S. und zugleich seine Schuld aus dem Auftrag an A. bezahlt. Er kann diesen Betrag um deswillen nicht von S. zurückfordern, weil die Zahlung ihren Zweck, dadurch die Bedingung für die Ausübung des Rechtes auf die Abtretung des Geschäftsanteils zu erfüllen, verfehlt habe, da die Abtretung nicht in der durch § 15 Abs. 3 erforderten Form erfolgt sei. R. hat die Schuld des A. nicht als eigene Schuld bezahlt, sondern weil er dem A. gegenüber zur Zahlung verpflichtet war. — Ebenso liegt die Sache hinsichtlich der von R. nach der Abtretungserklärung gezahlten 25000 M. **RG.** **50** 42, JW. **02** 99 (42, 43).

5. Abs. 3. Die Abtretung eines Geschäftsanteils in unterschriftlich beglaubigter Form ist nichtig, mag auch der Zessionar von den Gesellschaftsorganen als Gesellschafter zugelassen, in die Liste der Gesellschafter eingetragen (§ 41) und ihm die Ausübung des Stimmrechts gestattet sein. Der Regel nach kann gemäß § 812 BGB. der gezahlte Kaufpreis zurückverlangt werden. Wenn aber der Käufer zu einer Zeit, wo der Verkäufer noch in der Lage gewesen wäre, die Anteile anderweit gegen Entgelt zu begeben, die Ungültigkeit der Übertragung erfuhr, so handelte er wider Treu und Glauben, wenn er unter Hintansetzung des ihm bekannten Interesses des Verkäufers an einer gültigen Veräußerung der Anteile und bauend auf die Fortdauer der Unkenntnis des Verkäufers die Rückgängigmachung der bewirkten Vermögensleistung absichtlich hinausschiebt, um die günstige oder ungünstige Entwickelung des Gesellschaftsunternehmens abzuwarten. Alsdann mindert sich der Bereicherungsanspruch ohne weiteres um das Interesse, das der Verkäufer an einer rechtzeitigen Rückgewähr der sine causa gemachten Vermögensleistung hatte. Insoweit ist dann eine Bereicherung nicht vorhanden oder doch durch Schuld des Käufers ganz oder teilweise fortgefallen. **RG.** SächsA. **11** 587, JW. **01** 521, Holdheims MSchr. **10** 286, Gruchots Beitr. **46** 400.

6. Die Ausgabe von Anteilscheinen ist erlaubt. Sie haben nur den Charakter von Beweisurkunden. Entsch. wie zu Nr. 5.

7. Der Abtretungsvertrag von Teilen eines Geschäftsanteils bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form. Beglaubigung genügt nicht. NaumbAK. **00** 20 (KG.), **RG.** SeuffA. **55** 78.

8. Die Formvorschrift der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung gilt auch für die vor Errichtung des Gesellschaftsvertrags vereinbarte Abtretung von Geschäftsanteilen. OLG. Kiel, ZAktWes. **10** 37, R. **02** 617 (2873).

9. Der § 15 erfordert die gerichtliche oder notarielle Form zur Abtretung von Geschäftsanteilen durch Gesellschafter, aber nicht zur Verpflichtung eines Dritten, einem Gesellschafter Geschäftsanteile abzunehmen. Diese Verpflichtung der Beklagten, wenn sie durch die Bereiterklärung übernommen worden ist, bedarf keiner Form; ist also nicht, wie die Parteien annehmen, nichtig. OLG. **8** 259 (Hamburg); s. OLG. Colmar unten Nr. 14.

10. Auch für die Verpfändung eines Gesellschaftsanteils ist wegen § 1274 BGB. gerichtliche oder notarielle Form nötig. Wenn für die Abtretung eines Anteils die Genehmigung der Gesellschaft laut Statut erforderlich ist, so ist auch die Verpfändung ohne solche Genehmigung unwirksam, selbst wenn die Verpfändung im Ausland erfolgt ist und das ausländische Gesetz hierfür die gerichtliche oder notarielle Form nicht verlangt. Denn die Anwendung einer derartigen ausländischen Bestimmung ist, ebenso wie die des Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EGzBGB. durch Art. 30 EGzBGB. ausgeschlossen. Der Zweck der erschwerten Formvorschrift des § 15 Abs. 3 G. m. b. H. ist der, zu verhindern, daß die Geschäftsanteile Gegenstand des Handelsverkehrs werden. Diesem Zwecke würde direkt zuwidergehandelt, wenn eine Abtretung oder Verpfändung von Geschäftsanteilen im Ausland ohne gerichtliche oder notarielle Form rechtswirksam wäre. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **01** 294.

11. Die Formvorschrift ist auch für die Verpfändung von Anteilsrechten maßgebend. **RG. 53** 109 ff., JW. **03** 19 bei § 939 HGB. u. Beil. 19, ZAkt. Wes. **10** 181, CBlFrG. **4** 44.

12. Die Vorschrift ist auch für die Verpfändung von Geschäftsanteilen maßgebend. Die Nichtigkeit einer solchen Verpfändung von Geschäftsanteilen durch eine Privaturkunde bedingt auch die Nichtigkeit der Verpfändung der zugehörigen Gewinnscheine. **RG.** R. **03** 318 (1774), JW. **03** Beil. 74, CBlFrG. **4** 120.

13. Abs. 4. Der Formvorschrift des § 15 unterliegt anerkanntermaßen das pactum de cedendo. Ob dasselbe vor der Errichtung des Gesellschaftsvertrags getroffen wird oder nach der Errichtung desselben, ist für die Anwendung der Formvorschrift belanglos. Bei der allgemeinen Fassung des § 15 und der zum Ausdrucke gelangten gesetzgeberischen Absicht sind auch solche Verträge, die vor der Errichtung der Gesellschaft getroffen werden, der Formvorschrift unterworfen. OLG. **5** 280 (Kiel).

Staub 114 Anm. 38 zu § 15 seines Kommentars nennt im Anschluß hieran es selbstverständlich, daß die Wirksamkeit der Abtretung erst mit der Entstehung des Geschäftsanteils eintrete, daß aber mit dem Eintritte dieser Bedingung die Abtretung mit dinglicher Kraft in Wirksamkeit getreten sei.

14. Die Ungültigkeitsfolgen aus § 15 des Gesetzes treffen nicht nur den Abtretungsvertrag als solchen, sondern auch das pactum de cedendo. Die Ungültigkeitsfolgen kommen auch nicht nur dem Gesellschafter, sondern auch dem das Abtretungsversprechen akzeptierenden, die Gegenleistung zusagenden Vertragsgenossen des Gesellschafters zugute. Denn der eingeführte Formzwang bezweckt nicht bloß

den Schutz des Gesellschafters, sondern auch den seines Vertragsgenossen. OLG. 2 204 (Colmar), Puchelts Z. 32 207, ElsLothrZ. 26 320.

15. Desgl. RG. SächsA. 11 241, JW. 01 124 (17).

16. Die Ungültigkeitsfolgen treffen selbst einen Vorvertrag, durch welchen sich die Kontrahenten ein Bezugsrecht auf Anteilsrechte sichern und deren Übernahme zu einem bestimmten Preise sich gegenseitig versprechen. OLG. 6 503 (Colmar), CBl. FrG. 4 44, R. 03 262.

17. Nicht nur die Vereinbarung, durch die ein Gesellschafter zur Abtretung eines Geschäftsanteils verpflichtet wird, sondern auch diejenige, durch welche der eine Gesellschafter zur Abtretung eines Geschäftsanteils berechtigt und der andere zur Übernahme dieses Anteils verpflichtet wird, bedarf der gerichtlichen und notariellen Form. RG. Holdheims MSchr. 12 43, auch JW. 03 11 und R. 03 187 (1072), DNotVZ. 03 176 ff.

18. S. u. § 55 Nr. 3.

19. Der Auftrag, an einen anderen im eigenen Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers einen Anteil am Stammkapital zu zeichnen, fällt nicht unter § 15 Satz 4. Wenn auch nur mündlich oder privatschriftlich erteilt, verpflichtet er den Auftraggeber dem Beauftragten gegenüber zur Beteiligung am Gewinn und Verlust der Gesellschaft im Verhältnisse der für ihn erfolgten Zeichnung. (Vgl. Note 8). OLG. Colmar, ElsLothrZ. 27 458, ZAktWes. 10 36, R. 02 617.

20. Ebensowenig unterfällt der Vorschrift ein Auftrag zum Erwerb eines Geschäftsanteils. RG. OLG. 6 504 Anm.

21. Abs. 5. Durch den Gesellschaftsvertrag kann bestimmt werden, daß bei Veräußerung eines Geschäftsanteils an einen Nichtgesellschafter den übrigen Gesellschaftern das Vorkaufsrecht zum Nominalbetrage der Stammeinlage des veräußernden Gesellschafters zustehen soll. RG. 49 141, DJZ. 02 77.

**§ 16.** 1. S. § 17 Nr. 2 und Staub dazu 131 Anm. 11.

2. Der Veräußerer eines vollen Geschäftsanteils — nicht eines Teiles davon — wird von allen Verpflichtungen im allgemeinen frei. RG. JW 99 444.

**§ 17.** 1. Die Genehmigung, welche auch vor Abschluß des Veräußerungsvertrags erteilt werden kann, da z. Z. der Emanation der Begriff der Genehmigung noch nicht als nur nachher erteilbar feststand, muß sich auf die Veräußerung an eine bestimmte Person beziehen und hat nur Gültigkeit, wenn die Übertragung des Teiles von dem Geschäftsanteil an die bezeichnete Person erfolgt. OLG. 3 66 (Hamburg), R. 01 473 (1993), CBlFrG. 2 297; Staub 138 Anm. 18.

2. In dem vorliegenden Vertrag ist gesagt, daß der in Rede stehende Teilbetrag von 10 000 M. „gekauft, zediert und übereignet" werden solle. Hierdurch ist eine Abtretung des Anteils bis zu dem genannten Betrage vereinbart worden. Wenn in demselben Vertrag aber hinzugefügt ist, daß die Abtretung der Gesellschaft nicht angezeigt werden solle, so ist hierdurch, da nach der maßgebenden Bestimmung im § 17 Abs. 1 des Gesetzes eine Veräußerung von Teilen eines Geschäftsanteils nur mit Genehmigung der Gesellschaft stattfinden kann, eine Vereinbarung getroffen, welche die wirkliche Abtretung ausschließt. Demnach ist der Vertrag perplex und deshalb ohne rechtliche Wirkung. RG. JW. 00 161 (29); Holdheims MSchr. 9 36.

**§ 19.** 1. Wird bei Gründung einer G. m. b. H. von einem der Gesellschafter ein bisher von ihm betriebenes Geschäft mit einem Wertanschlage eingebracht, der Gesamtbetrag der Geschäftsschulden, ebenfalls bestimmt beziffert, von der Gesellschaft übernommen, und bedungen, daß der Überschuß die Stammeinlage des Gesellschafters darstellen, und diese als berichtigt gelten solle, so ist, wenn sich der Schuldenstand als höher herausstellt, in Höhe des Mehrbetrags

die Stammeinlage nicht beschafft. Die Gesellschaft hat deshalb einen entsprechenden Einzahlungsanspruch und behält denselben, wenn sie diesen Mehrbetrag bezahlt. Dasselbe gilt, wenn ein zu dem Geschäfte gehöriges Grundstück nach Abschluß des Vertrags, aber vor der Auflassung mit einer Zwangshypothek wegen einer nicht übernommenen Schuld belastet wird. Gegen den Erstattungsanspruch kann nicht mit einer Forderung wegen Geschäftsgewinns aufgerechnet werden. **RG.** DJZ. **02** 288, JW. **02** 259, 260, 288, ZAktWes. **9** 256.

2. Die Ersetzung der Barzahlung durch einen Aufrechnungsvertrag ist insoweit zulässig, als gleich hohe fällige Forderungen sich gegenüberstehen und durch die Aufrechnung nur ein Hin- und Herzahlen von Geld vermieden werden soll. Nicht die Aufrechnung überhaupt, sondern nur die einseitige Aufrechnung durch den Gesellschafter ist ausgeschlossen. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 1036, R. **03** 459 (Nr. 2406), JW. **03** Beil. 75, **RG. 54** 389, DJZ. **03** 345; ebenso OLG. **6** 191 (Celle), ZAktWes. **10** 204, R. **03** 345 (1926); dagegen Staub 147 Anm. 15.

3. Was unter Einzahlung der Stammeinlage zu verstehen ist, muß nach Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung allgemeiner Verkehrsgewohnheiten entschieden werden; eine Barzahlung wird nicht immer erfordert, doch jedenfalls eine Zahlung derart, daß der eingezahlte Betrag zur freien Verfügung der Geschäftsführer steht. Ebensowenig wie Aufrechnung ist vertragsmäßige Verrechnungsoperation als Einzahlung zulässig, es sei denn, daß im Gesellschaftsvertrage darüber Bestimmung getroffen ist. OLG. Köln, RheinA. **99** 81, CBl. FrG. **3** 640. Vgl. **RG. 41** 120.

4. Der baren Zahlung der Stammeinlage stehen andere Leistungsmittel gleich, sofern sie jeden Augenblick in bares Geld umgesetzt werden können, einen dem baren Gelde gleichkommenden Wert besitzen und deshalb der jederzeitigen freien Verfügung der Gesellschaft unterliegen. Danach kann ein Scheck als gesetzliches Leistungsmittel angesehen werden (**RG. 41** 120), unter Umständen auch ein Wechsel, z. B. ein eigener Sichtwechsel, dessen sofortige Einlösung durch die Persönlichkeit und die Verhältnisse des Ausstellers jederzeit und unter allen Umständen gesichert ist. **RG.** Straff. **36** 186. Vgl. § 7 Nr. 3.

**§ 21.** 1. Solange die Erklärung (Abs. 2 Satz 2) noch nicht ergangen ist, besteht das Gesellschaftsverhältnis fort und der Gesellschafter ist zur Zahlung der Einlage verpflichtet. Die Gesellschaft muß den Säumigen nicht ausschließen, es steht in ihrem Ermessen, wie sie am besten erreichen kann, die Einzahlung rückständiger Einlagen sicher zu stellen. Insbesondere ist der Erfüllungsanspruch gegen den Säumigen nicht ausgeschlossen. **RG.** JW. **02** 400, ZAktWes. **9** 274; Staub 154 Anm. 16 ff.

Hierzu Dr. K. Lehmann, Rostock, DJZ. **03** 116: „Dies entspricht jedenfalls der für das aktienrechtliche Kaduzierungsverfahren herrschenden Auffassung nicht."

2. Hat der Gesellschafter die ihm gesetzte Frist fruchtlos verstreichen lassen, so steht es nicht mehr im Ermessen des Geschäftsführers, ob die Kaduzierung eintreten soll. Der Gesellschafter ist seines Geschäftsanteils für verlustig zu erklären. Das Recht der Ausschließung eines Gesellschafters ist unverzichtbar. OLG. **6** 191 (Celle); ebenso Liebmann Anm. 2; Parisius u. Crüger Anm. 4; Neukamp Anm. 1; Staub Anm. 16.

3. Der Ausschluß des Gesellschafters tritt nicht mit dem fruchtlosen Ablaufe der Nachfrist von selbst ein. Es bedarf vielmehr einer Erklärung des Ausschlusses. Solange diese nicht abgegeben ist, kann der Gesellschafter durch Erfüllung seiner Einzahlungspflicht die Wirkung des Beschlusses von sich abwenden. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 1036, R. **03** 459 (2407); Holdheims MSchr. **12**

155, JW. **03** Beil. 75, SächsA. **13** 567; ebenso Liebmann (4); Staub Anm. 21.

4. Die Kaduzierung und Versteigerung eines auf das erhöhte Stammkapital erworbenen Geschäftsanteils ist wirkungslos, wenn sie vor Eintragung des Erhöhungsbeschlusses in das Handelsregister erfolgt. **RG. 54** 394; vgl. § 54.

5. Wenn in Wahrheit eine Verzögerung der Einzahlung nicht vorlag, kann der Ausgeschlossene und seiner Teilzahlung für verlustig erklärte Gesellschafter gegen die Gesellschaft (nach Wahl daneben auch gegen den Erwerber) Klage erheben mit dem Antrage, daß die Gesellschaft ihn als Gesellschafter anerkenne und ihre Kaduzierungserklärung zurückzunehmen habe. **RG.** R. **02** 79.

**§ 26.** Beschlüsse über die Einforderung von Nachschüssen sind in Preußen nach Maßgabe der Tarifstelle 25a zum preuß. Stempelsteuergesetze vom 31. Juli 1895 zu versteuern. **RG. 54** 337/38, R. **03** 366.

**§ 29.** 1. Mit dem Tage des Vertragsschlusses beginnen die Rechte und Pflichten der Gesellschafter unter sich, somit auch ihr Recht auf Bezug der Dividende. Demgemäß besteht das Kapital der G. m. b. H., aus dem das Einkommen der Mitglieder fließt, bereits vom Augenblicke des Einbringens an als Einkunftsquelle, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Betriebseröffnung. Pr. OVG., DJZ. **02** 511.

2. Die Gewinnanteile der einzelnen Gesellschafter sind Zinseinkommen. Als solche werden sie zu den direkten Staatssteuern nur in demjenigen Bundesstaate herangezogen, in welchem die Gesellschafter ihren Wohnsitz haben. Sächs. OVG., DJZ. **02** 396 (2). Vgl. § 13 Nr. 4.

3. Das Einkommen der Gesellschafter einer G. m. b. H. aus ihrer Beteiligung an dieser Gesellschaft ist in Ansehung der Gemeindebesteuerung als gewerbliches Einkommen aufzufassen, der Gewinn der Gesellschafter unterliegt daher der Gemeindebesteuerung nicht nur insoweit, als er als Dividende unter die Gesellschafter verteilt wird, sondern in demselben Umfange, wie er der Besteuerung unterliegen würde, wenn nicht die Gesellschaft, sondern die Gesellschafter die Gewerbetreibenden wären. PrOVG., DJZ. **02** 487 (81).

**§ 33.** Abs. 2. Dieser Paragraph hat nicht nur als besondere Anwendung des allgemeinen Grundsatzes zu gelten, der im § 179 BGB. Gesetz geworden ist. Die Ausnahmen des § 179 Abs. 2 u. 3 greifen daher nicht Platz. **RG.** JW. **02** 317 (33).

**§§ 34, 53.** Der Beschluß über die Amortisation von Geschäftsanteilen bedarf der Zustimmung aller Gesellschafter, wenn nicht im Gesellschaftsvertrag etwas anderes vorgesehen ist. Auch eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags dahin, daß ein Beschluß über die Amortisation durch Gesellschaftsmehrheit geschehen kann, bedarf der Zustimmung aller Gesellschafter, weil eine solche Abänderung eine Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrag obliegenden Leistungen bedeuten würde. KGJ. **25** A 258, R. **03** 395 (2093), OLG. **6** 503, CBlFrG. **4** 44, 140.

Es ist denkbar, daß mit dem betr. Beschlusse nicht eine Vermehrung der Leistungen verbunden ist. In solchem Falle ist nicht Einstimmigkeit erforderlich. Es sind die Vorschriften über die Abänderung von Statuten § 34 Abs. 2 2c. zu beachten. Vgl. über die Kontroverse Liebmann Anm. 1, Neukamp Anm. 2, Staub Anm. 12, Parisius u. Crüger 163, Birkenbihl 182.

## Dritter Abschnitt.

### Vertretung und Geschäftsführung.

**§ 35.** Abs. 1. 1. Die Geschäftsführer sind gesetzliche Vertreter der Gesellschaft (§ 26 Abs. 2 BGB.), können daher nicht in ihren Prozessen als

Zeugen vernommen werden, sind dem Parteieid aber zugänglich (vgl. hierzu **RG. 2** 400). **RG.** R. **02** 463 (2166), ZAktWes. **10** 46.

2. JW. **04** 192: In Nr. 5 wird die Anwendung des § 31 BGB. bei obwaltender Kollektivvertretung behandelt und die Anwendbarkeit des § 31 auf die sondergesetzlich geregelte juristische Person, insbesondere die G. m. b. H. ausgesprochen.

3. Der Geschäftsführer kann bei einem Vertrage mit sich selbst die Gesellschaft in der Regel nicht vertreten, sondern nur in den beiden im § 181 BGB. vorgesehenen Ausnahmefällen. Deshalb ist die von dem Geschäftsführer mit seinem Gläubiger getroffene Verabredung, daß dieser die Gesellschaft statt seiner als Schuldner annehme, nur beim Vorliegen der dort gedachten Ausnahmefälle gültig. **RG. 51** 427, JW. **02** Beil. 245 (vgl. JDR. **2** Ziff. 7 f zu § 181 BGB. und unten Ziff. 1 zu § 37).

4. Der Geschäftsführer hat als gesetzlicher Vertreter den Offenbarungseid über das Gesellschaftsvermögen nötigenfalls zu leisten, ebenso der Liquidator. Das Gericht, an welchem die Gesellschaft ihren Sitz hat, ist für die Abnahme des Eids zuständig. OLG. Dresden, SeuffA. **58** 46, OLG. **6** 144, R. **03** 625, ZAktWes. **10** 12.

5. Der Geschäftsführer ist aus § 840 ZPO. bei vorkommender Pfändung von Gesellschaftsgut auskunftspflichtig. **RG.** R. **03** 22.

6. Die einem Geschäftsführer erklärte Kündigung einer Hypothek, welche die Gesellschaft an Gesellschaftsgut bestellt hat, ist selbst bei zweifelhafter Ausdrucksweise „die Hypothek wird Ihnen hiermit gekündigt" als der Gesellschaft gegenüber gewollterweise erklärt anzusehen und zu beachten, wenn nur die Absicht erhellt, der Gesellschaft die Schuld aufkündigen zu wollen. OLG. **5** 141 (Königsberg).

7. Abs. 2. Für die Empfangnahme von Willenserklärungen gilt nach Abs. 2 Satz 3 stets Einzelvertretungsbefugnis. Diese gesetzliche Regelung kann durch den Gesellschaftsvertrag nicht abweichend normiert werden. Staub 207 Anm. 8.

Im übrigen ist die Regel in Abs. 2 Satz 2 Kollektivvertretung, wenn mehrere Geschäftsführer vorhanden sind. Die Mitwirkung muß in die äußere Erscheinung treten. KGJ. **20** A 75, Staub 208 Anm. 11.

8. Unzulässig ist eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrags des Inhalts, daß die Gesellschaft bei Bestellung von Geschäftsführern bestimmen soll, ob jeder einzelne derselben oder mehrere zusammen die Gesellschaft zu vertreten berechtigt sein sollen. LG. Frankfurt, R. **01** 473 (1994); CBlFrG. **2** 358.

9. Ohne Beobachtung des Kollektivvertretungszwanges vorgenommene, selbst formale Rechtsakte können genehmigt und dadurch gültig werden. **RG.** JW. **01** 519 (Wechsel), RJA. **2** 85 (KG.) (Auflassung).

10. Abs. 3. Die Vorschrift ist Ordnungsvorschrift. **RG. 50** 60.

11. Das Verhältnis der Geschäftsführer zur Gesellschaft ist nach den Regeln des Mandats oder des Dienstvertrags zu beurteilen, je nachdem die Geschäfte unentgeltlich oder gegen Entgelt geführt werden; immerhin bilden die Geschäftsführer die legalen Repräsentanten, die vertretungsberechtigten Willensorgane der Gesellschaft. Esser.

**§ 37.** 1. Die Vorschrift des § 37 Abs. 2, daß gegen Dritte eine Beschränkung der durch § 35 gegebenen Vertretungsbefugnis keine rechtliche Wirkung habe, bezieht sich nur auf gewillkürte, nicht aber auf gesetzliche Beschränkungen, also auch nicht auf die, daß ein Gesellschaftsvertreter nicht als solcher mit sich selbst ein Rechtsgeschäft abschließen kann (BGB. §§ 181, 139). **RG. 51** 427, JW. **02** Beil. 245, s. o. § 35 Nr. 3.

2. Den Geschäftsführern durch Statut oder Generalversammlungsbeschluß auferlegte und selbst irrtümlich eingetragene Beschränkungen sind Dritten gegenüber bedeutungslos. Abgesehen vom Falle der Kollusion ist selbst Kenntnis von der Beschränkung der Geschäftsführer dem Dritten unschädlich. Die Bestellung eines Geschäftsführers für eine Zweigniederlassung mit der Beschränkung auf den dadurch begrenzten Tätigkeitskreis ist dennoch ohne die beabsichtigte Wirkung. Er hat Vertretungsbefugnis nach außen hin für alle Geschäfte — auch für die der Hauptniederlassung. Der Grundbuchrichter soll aber Legitimationsbedenken wegen Nichtbeachtung des internen Verhältnisses zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer äußern können. KGJ. **12** 34, **20** A 73, OLG. **1** 188, RJA. **1** 67.

**§ 38.** I. Abs. 1 1. Für die Abberufung eines Geschäftsführers sind lediglich die Bestimmungen des § 38 in Verbindung mit §§ 47, 48 maßgebend, und zwar auch dann, wenn die Anstellung, wie § 6 dies zuläßt, im Gesellschaftsvertrag erfolgt war. RG. **44** 95, JW. **00** 417 Nr. 18.

2. S. § 45 Nr. 7.

3. Zur Abberufung der Geschäftsführer, sei es, daß sie im Gesellschaftsvertrag oder später durch Beschluß der Gesellschafter ernannt sind, ist einfache Majorität genügend. RG. **44** 95, SeuffA. **55** 163.

4. Ist der Abberufungsbeschluß zu Unrecht erfolgt, so kann der Geschäftsführer auf Beseitigung desselben klagen, und ist nicht auf einen Entschädigungsanspruch verwiesen. RG. **44** 95. A. A. Staub 229 Anm. 5.

5. JW. **01** 542 ff.: Ist die Bestellung eines Geschäftsführers einer G. m. b. H. gemäß § 38 Abs. 1 widerrufen, so behält der Geschäftsführer seinen Anspruch auf Fortzahlung des Gehalts bis zu dem Zeitpunkte, mit welchem bei ordnungsmäßiger Kündigung der Vertrag endigen würde, sofern nach dem maßgebenden bürgerlichen Rechte der Dienstvertrag trotz des Widerrufs fortdauert.

II. Abs. 2. In der Tatsache, daß der Geschäftsführer sich infolge eines seine Vermögensverhältnisse übersteigenden Differenzhandels mit Börsenpapieren (im Sinne des § 240 Nr. 1 KO.) zur Erhebung des Spieleinwandes gezwungen sieht, kann prinzipiell sehr wohl ein genügender Grund zur sofortigen Entlassung erblickt werden. RG. **53** 267, JW. **03** 105, DJZ. **03** 153 (31), vgl. dazu Staub, DJZ. **03** 240. Ferner R. **03** 241 (1353), Holdheims MSchr. **12** 100.

**§ 39.** 1. Abs. 1. Nicht anmeldungs- und eintragungsfähig ist ein dem Geschäftsführer beigelegter Titel (Präsident, Generaldirektor). KGJ. **20** A 269 (KG.).

2. Abs. 2. Das Registergericht ist berechtigt und verpflichtet, die eingereichten Urkunden zu prüfen, ob sie die nachgesuchte Eintragung rechtfertigen. RJA. **3** 189, CBlFrG. **3** 674 (KG.).

Es kann Ermittelungen anstellen, wenn ihm abgegebene Erklärungen nicht genügen. (§ 12 FrGG.). Staub 78 Anm. 1.

**§ 41.** 1. Als der für die Aufstellung der Eröffnungsbilanz maßgebende Zeitpunkt ist der Tag der Eintragung zu betrachten. Zur Aufstellung ist der Geschäftsführer verpflichtet. RG. Straff. **29** 222. Vgl. Staub 237 Anm. 12.

2. Der Geschäftsführer der G. m. b. H., welcher zugleich Gesellschafter ist, hat kein klagbares Recht gegen die übrigen Gesellschafter auf Anerkennung der von ihm aufgestellten Bilanz. Auf Entlastung kann er nur gegen die Gesellschaft selbst klagen. Auf Anerkennung der Bilanz — im Sinne der Rechnungsabnahme — kann er überhaupt nicht klagen, weil die Bilanz in erster Reihe nicht eine Rechnungslegung des Geschäftsführers, sondern eine Darstellung der Vermögenslage der Gesellschaft enthält. Eine Klage auf Richtigstellung der Bilanz kann ebenfalls nur gegen die Gesellschaft selbst gerichtet werden und setzt

vorgängige Feststellung der Bilanz durch Gesellschaftsbeschluß voraus; mit der Klage wird die festgestellte Bilanz angefochten. RG. **94** 141, JW. **02** 32 Nr. 30, Holdheims MSchr. **11** 36, ZAktWes. **9** 132; s. Fleischmann, DJZ. **02** 294, DJZ. **02** 77.

3. Abs. 4. Eine G. m. b. H., die der Vermittelung des Geld- und Kreditverkehrs durch verzinsliche Annahme und Ausleihe von Geldern dient, ist als dem Betriebe von Bankgeschäften gewidmet aufzufassen und hat die Bilanz durch ihre Geschäftsführer und zwar in deutscher Sprache in den öffentlichen Blättern bekannt zu machen. KGJ. **22** A 285 (KG.), OLG. **2** 415, CBlFrG. **2** 381, RJA. **2** 175, SeuffA. **56** 405, ThürBl. **49** 126, R. **01** 516 (2089), Staub 241 Anm. 42. Über den Begriff des Bankgeschäfts s. auch Staub Anm. 63—66 § 1 HGB.

4. Der Registerrichter kann nicht die Vorlegung einer anderen Bilanz verlangen, weil in der Publikation die Höhe der Abschreibungen fehlte. OLG. **3** 278 (Hamburg), RJA. **2** 235, Holdheims MSchr. **11** 148 (KG.).

Er kann auch nicht Spezialisierung aller Vermögenswerte verlangen und hat kein Recht der Prüfung hinsichtlich der Wertangaben. Vgl. die letztgenannte Entsch. im PrJMBl. **99** 148.

Das Stammkapital muß von den eigentlichen Schulden getrennt aufgezählt werden. KGJ. **24** A 202 (KG.).

Eine Bilanzierung, die lediglich in Aufführung der Schlußsummen der Aktiva und Passiva besteht, entspricht nicht dem Gesetze. OLG. Hamburg, OLG. **3** 278, RJA. **2** 235, PrJMBl. **00** 630.

5. Esser: Die G. m. b. H. ist zur Aufstellung einer Gewinn- und Verlustrechnung verpflichtet. A. M. Förtsch §§ 41 und 42.

Die in Abs. 2 und 3 bezeichneten Fristen beziehen sich nur auf die Aufstellung der Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung durch die Geschäftsführer, nicht auch auf die Feststellung der Bilanz durch die Gesellschafter (§ 46 Nr. 1). So auch Neukamp; a. M. Förtsch § 41.

Die Gesellschafter haben kein Recht auf Vorlage eines Geschäftsberichts und der Gewinn- und Verlustrechnung, auch können sie keine abschriftliche Mitteilung der Bilanz verlangen; es sei denn, daß ihnen solche Berechtigungen im Gesellschaftsvertrag eingeräumt sind. So auch Förtsch § 41.

**§ 43.** Die Geschäftsführer einer Gesellschaft, welche das Stammkapital durch eine Anleihe beschafft und so mit Schulden statt mit Vermögen beginnt, machen sich der Gesellschaft persönlich verantwortlich. RG. **47** 180, Holdheims MSchr. **10** 121.

**§ 45.** (S. auch § 48.) 1. Aus allgemeinen Grundsätzen ist das Recht des einzelnen Gesellschafters herzuleiten, Gesellschaftsbeschlüsse im Wege der Klage anzufechten, und ferner daraus zu folgern, daß eine derartige Klage gegen die Gesellschaft zu richten ist. OLG. **2** 66 (Hamburg), ZAktWes. **9** 88, Staub 265 Anm. 12 mit Literatur.

2. Die in der Versammlung der Gesellschafter einer G. m. b. H. gefaßten Beschlüsse sind durch eine gegen die Gesellschaft zu richtende Klage anfechtbar. Die den Beschluß nicht anfechtenden Gesellschafter können der Gesellschaft als Nebenintervenienten beitreten. Sie haben dann die prozessuale Rechtsstellung selbständiger Intervenienten im Sinne der §§ 61, 62 ZPO. OLG. Hamburg, OLG. **3** 262, SeuffA. **57** 238, HansGerZ. **01** 265; s. § 75 Nr. 4 (Notw. Streitgenossenschaft).

3. Die Anfechtungsklage gegenüber einem Mehrheitsbeschlusse der Gesellschaft ist gegen die Gesellschaft und diejenigen Gesellschafter zu richten, deren Teilnahme notwendig ist, um eine für alle Gesellschafter bindende Entscheidung herbeizuführen. OLG. **3** 262 Anm. 1 (KG.); a. A. Staub 265/266 Anm. 14.

4. Es genügt, wenn die Anfechtungsklage (bei AG.) dem Vorstand und dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats zugestellt ist. Sie braucht nicht jedem einzelnen Aufsichtsratsmitgliede zugestellt zu werden. Bondi, DJZ. **03** 148.

5. Ist einem Mitglied in einer Generalversammlung zu Unrecht das Stimmrecht entzogen, so kann nicht nur dieser Beschluß, sondern es können alle in dieser Versammlung ohne Mitwirkung jenes Mitglieds gefaßten Beschlüsse für unwirksam und unverbindlich erklärt werden. **RG.** Holdheims MSchr. **12** 99, BankA. **2** 127, R. **03** 268, ZAktWes. **10** 177.

6. S. § 41 Nr. 2 und § 46 Nr. 8.

7. Der einzelne Gesellschafter kann als solcher, also unabhängig von dem Willen der Gesellschaftsgesamtheit, einen Geschäftsführer zur Niederlegung seines Amtes nicht nötigen. OLG. Jena, ThürBl. **49** 247.

**§ 46.** 1. Die Versammlung der Gesellschafter kann im Gesellschaftsvertrage nicht zum Schiedsrichter für Streitigkeiten bestimmter Art zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern bestellt werden. **RG.** **55** 326, DJZ. **03** 549.

2. Nr. 6. Nach § 46 Nr. 6 haben die Gesellschafter über dasjenige, was zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung erforderlich oder ratsam ist, zu beschließen. Dem einzelnen Gesellschafter wird unter besonderen Umständen und auf Grund einer besonderen Sachlage das Recht auf Einsicht und Prüfung der Bücher auch außerhalb der Versammlungen und selbst gegen die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags nicht versagt werden können, aber dies muß dann besonders begründet werden. **RG.** Holdheims MSchr. **11** 36, **RG.** **49** 141; s. auch Staub 277 Anm. 31, 273 Anm. 10, 270 Anm. 37, 38, JW. **98** 15, SächsA. **11** 720, ZAktWes. **9** 133.

3. Die nicht geschäftsführenden Gesellschafter haben, falls der Gesellschaftsvertrag dies nicht bestimmt, kein unbeschränktes Recht auf Vorlegung der Geschäftsbücher nebst Beilagen und Belägen. **RG.** **49** 141.

4. Nr. 7. Die Eintragung eines Prokuristen (nicht Vorstandes) für die Zweigniederlassung ist zulässig (§ 50 Abs. 3 HGB.). OLG. Hamburg, DJZ. **01** 488. Vgl. § 37 Nr. 2 und Staub 278 Anm. 36.

5. Nach § 46 Nr. 7 unterliegt zwar die Bestellung eines Handlungsbevollmächtigten zum gesamten Geschäftsbetriebe der Bestimmung der Gesellschafter. Dagegen kann der Geschäftsführer allein einen „Vertreter" anstellen, der die Stellung eines Agenten haben soll, da ein solcher zwar je nach dem Umfange seiner Vollmacht Handlungsbevollmächtigter sein kann, nicht aber Generalhandlungsbevollmächtigter ist. **RG.** DJZ. **02** 452.

6. S. auch § 41 Nr. 2.

**§ 47.** 1. Abs. 1. Die Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, wonach bei Stimmengleichheit in der Versammlung der Gesellschafter ein Nichtgesellschafter (z. B. der Rechtskonsulent der Gesellschaft) den Stichentscheid geben soll, ist gültig. **RG.** **49** 141, DJZ. **02** 77 (7); vgl. Staub 281, 282 Anm. 4.

2. Da das Gesetz bindende Vorschriften bezüglich des Stimmrechts der einzelnen Gesellschafter nicht enthält, sondern die Regelung der den Gesellschaftern in dieser Beziehung zustehenden Rechte in erster Linie dem Gesellschaftsvertrag überläßt, besteht die rechtliche Möglichkeit, daß einem Gesellschafter ein Stimmrecht nicht eingeräumt ist. OLG. **3** 66 (Hamb.).

3. Ein Vertrag, durch den sich ein Gesellschafter den Mitgliedern des Vorstandes gegen die Garantie gewisser Vorteile verpflichtet, nach Anweisung des Vorstandes in der Generalversammlung zu stimmen, verstößt gegen die guten Sitten und ist nichtig. OLG. **6** 503 (Colmar), ZAktWes. **10** 257.

4. S. § 52 Nr. 1.

5. Abs. 2. Esser: Der Geschäftsanteil besitzt einen Nennwert in

derselben Höhe wie die Stammeinlage; er bezeichnet nicht, wie Neukamp zu § 14 ausführt, ein aliquotes Beteiligungsverhältnis des Gesellschafters. Nach der Vorschrift des § 14 bestimmt sich der Geschäftsanteil jedes Gesellschafters nach dem Betrage der von ihm übernommenen Stammeinlage. Neukamp hält diese Vorschrift unter Bezugnahme auf die Begründung für unrichtig, wo gesagt sei, daß der Geschäftsanteil die Beteiligung an dem Gesamtvermögen der Gesellschaft bezeichne, also keinen Nennwert besitze. Mit diesem Satze kann jedoch die klare Vorschrift des § 14 nicht beseitigt werden; das eine und das andere steht nicht miteinander in Widerspruch; eine Aktie besitzt unstreitig einen Nennwert, und doch bezeichnet sie zweifelsohne auch die Beteiligung an dem Gesamtvermögen der Gesellschaft. Wie auf die Aktie die Einlage, so ist auf den Geschäftsanteil die Stammeinlage zu leisten. Daß der Geschäftsanteil keine Quotenbeteiligung darstellt, geht übrigens nicht bloß aus der Vorschrift des § 14, sondern aus einer ganzen Reihe von anderen Bestimmungen des Gesetzes hervor, so aus den §§ 15, 16, 17, 26, 27, 29, 47, 50, 61, 66, 79. Auch die Begründung spricht sich ebenso an verschiedenen Stellen aus. — Keyßner, Goldschmidts Z. **98** 533, bezeichnet diese Beweisführung gegen Neukamp als überzeugend.

6. Abs. 3. Eine Spezialvollmacht für die bestimmte Sitzung schreibt das Gesetz nicht vor.

Die Vertretungsbefugnis ist als fortbestehend zu behandeln, bis das Erlöschen der Vollmacht durch Widerruf in authentischer Weise zur Kenntnis der Organe der Gesellschaft gebracht ist. OLG. **3** 66 (Hamb.); Staub 284.

7. (§ 53.) Es ist grundsätzlich zulässig, daß der Gesellschaftsvertrag die Vertretung von Gesellschaftern in der Generalversammlung nur durch andere Gesellschafter vorsieht. Eine solche Anordnung kann auch durch Mehrheitsbeschluß gemäß § 53 im Wege der Abänderung des Gesellschaftsvertrags getroffen werden, mit bindender Kraft für alle Gesellschafter aber nur dann, wenn er sämtliche Gesellschafter in gleichmäßiger Weise trifft. KGJ. **25** A 258; Staub 285 Anm. 15/16.

8. Abs. 4. Ein Gesellschafter ist bei seiner eigenen Wahl zum Geschäftsführer vom Mitstimmen gesetzlich ausgeschlossen, weil es sich dabei um einen rechtsgeschäftlichen Akt handelt, bei dem die Gesellschaft und er selbst als Geschäftsparteien sich gegenüberstehen. Es soll ein Vertragsverhältnis geschlossen werden, welches mit den Rechten und Pflichten des Bestellten als Gesellschafter nichts zu tun hat. KGJ. **25** A 253 (KG.); CBlFrG. **3** 674, ZAktWes. **10** 155, RJA. **3** 189, Holdheims MSchr. **12** 108, BankA. **2** 111, Parisius u. Crüger Anm. 4, Lehmann-Ring zu § 252 HGB. Anm. Nr. 8; a. A. Staub, HGB. (7) 763 Anm. 16 u. G. m. b. H. 286 Anm. 20ff.

Bondi, DJZ. **03** 269 meint: Die Entscheidung würde richtiger erscheinen, wenn sie dahin gegangen wäre, daß der Gesellschafter bei der Wahl wohl mitstimmen könne, nicht aber bei der Festlegung des Gehalts und der Einkünfte.

9. Der Geschäftsführer einer G. m. b. H., der zugleich Gesellschafter ist, ist berechtigt, in der Versammlung der Gesellschafter über die Feststellung der von ihm aufgestellten Bilanz mitzustimmen. RG. **49** 141, JW. **02** 32 Nr. 30, DJZ. **02** 77, Holdheims MSchr. **11** 36, ZAktWes. **9** 132; s. § 41 Nr. 2.

**§§ 50, 51.** Zu einer ordnungsmäßigen Bekanntgabe des Gegenstandes der Beschlußfassung im Sinne der §§ 50, 51 ist erforderlich und genügend jede Angabe, die geeignet ist, die Mitglieder erkennen zu lassen, worüber verhandelt und Beschluß gefaßt werden soll.

Der Verhandlungsgegenstand einer Generalversammlung einer G. m. b. H.

ist bei der Einberufung nicht mit ausreichender Deutlichkeit gekennzeichnet, wenn die Ankündigung nur von „Beschlußfassung über die Wahl des Direktors" spricht, ohne die Umstände anzugeben, welche die Wahl eines neuen Direktors notwendig machen, z. B. freiwillige Niederlegung, tatsächliche Verhinderung, Entfernung durch den Aufsichtsrat. **RG.** JW. **01** 655, 659, 660 Nr. 26.

**§ 51.** Abs. 3. Esser: Aus Abs. 3 ist nicht zu folgern, wie Förtsch annimmt, daß bei gelegentlichem Zusammensein sämtlicher Gesellschafter plötzlich mit Stimmenmehrheit Beschlüsse in Gesellschaftsangelegenheiten gültig gefaßt werden könnten, so daß also eine Überraschung einzelner Gesellschafter möglich sei; Abs. 3 setzt vielmehr stets eine an die Gesellschafter ergangene Einladung zur Versammlung voraus und gestattet nur unter dieser Bedingung bei Anwesenheit aller Gesellschafter eine gültige Beschlußfassung, auch wenn die Berufung an Mängeln leidet. Jedenfalls kann ein Gesellschafter, der mit der Beschlußfassung nicht einverstanden ist, abgesehen von dem ihm zustehenden Rechte des Widerspruchs, durch seine Entfernung vor der Beschlußfassung diese unmöglich machen.

**§ 52.** (§ 243 HGB.) 1. Ein Privatabkommen zwischen zwei Mitgliedern einer G. m. b. H. des Inhalts, daß die Mitgliedschaft im Aufsichtsrate nach bestimmten Zeitläuften zwischen ihnen wechseln sollte, ist nichtig. Die von dem Vertragsgenossen gegen den über die vorgesehene Zeit hinaus, das Amt als Aufsichtsratsmitglied bekleidenden Gesellschafter angestrengte Klage auf Niederlegung des Amtes ist abgewiesen worden. Das Abkommen widerspreche geradezu den guten Sitten. Die aus dem Abkommen folgenden Konsequenzen widersprächen der Rechtsordnung und der Idee der Gesellschaft. **RG.** JW. **04** 266 Nr. 18.

2. Nur dem Aufsichtsrat in corpore, nicht aber den einzelnen Mitgliedern steht das Recht der Überwachung der Geschäftsführung der Gesellschaft und der Einsichtnahme der Bücher und Schriften der Gesellschaft zu. Einem einzelnen Mitgliede des Aufsichtsrats nur dann, wenn es durch einen Beschluß des Aufsichtsrats mit der Ausübung der Funktionen des letzteren beauftragt worden ist (§ 246 HGB.). OLG. **4** 469 (Hamb.); Staub 309 Anm. 36; HansGerZ. **02** 126, ZAktWes. **9** 256.

3. KGJ. **20** A 49: Wenn das Statut einer G. m. b. H. die Bestellung eines Aufsichtsrats vorsieht, so ist die fernere Bestimmung nicht unzulässig, daß die Mitglieder des Aufsichtsrats dauernd Stellvertreter der Geschäftsführer sein sollen, denn § 248 HGB. ist für §§ 44, 52 G. m. b. H. nur Dispositivvorschrift. Vgl. auch R. **00** 262, SächsA. **10** 388, SeuffA. **55** 423.

4. (§ 249 HGB.) Bei der Beschlußfassung der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft über die Entlastung des Aufsichtsrats ist es unzulässig, nacheinander über die Entlastung der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder zu beschließen und dabei jedesmal die übrigen Aufsichtsratsmitglieder, die zugleich Aktionäre sind, mitstimmen zu lassen. Es ist vielmehr über die Entlastung des Aufsichtsrats im ganzen zu beschließen, die Aufsichtsratsmitglieder haben kein Stimmrecht. **RG.** **55** 761 (für G. m. b. H. anwendbar).

5. Gegen die Entscheidung, daß die Entlastung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern (von Aktiengesellschaften) nur einheitlich erfolgen könne: Pinner, DJZ. **03** 476.

**§ 53.** 1. Im § 53 ist durchweg jus cogens statuiert. Der Beschluß über die Erhöhung des Stammkapitals ist eine Abänderung des Vertrags. Er muß gerichtlich oder notariell beurkundet werden. Ist aber dieser Beschluß trotz des Fehlens dieser Form eingetragen, so ist ein Gesellschafter, mit dessen Einverständnis der Beschluß gefaßt und zum Handelsregister angemeldet ist, nicht

berechtigt, die Löschung zu verlangen. OLG. **1** 289 (KG.); RJA. **1** Heft 3; auch CBlFrG. **1** 349; R. **00** 438.

2. Vgl. § 6 Nr. 1.

3. Für die Abberufung eines im Gesellschaftsvertrage bestellten Geschäftsführers bedarf es demzufolge nicht der Mehrheit des § 53. **RG.** JW. **01** 410, Holdheims MSchr. **10** 193.

4. Bei der G. m. b. H. kann die den Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrage für Leistungen zustehende Vergütung nur mit Zustimmung jedes beteiligten Gesellschafters diesem gegenüber mit verbindlicher Wirkung beseitigt oder herabgesetzt werden. Das Registergericht hat einem Abänderungsbeschluß der Gesellschafterversammlung entgegenstehenden Inhalts die Eintragung zu versagen. KGJ. **27** A 229, RJA. **4** 97, Staub 313 Anm. 4, 5, 316 Anm. 17.

Die Zustimmung des Gesellschafters muß darin gesehen werden, daß er für den Beschluß stimmt. **RG.** JW. **93** 489.

5. Kein Gesellschafter braucht einer solchen Vorlage zuzustimmen. Ein ohne seine Zustimmung gefaßter Beschluß dieser Art ist ihm gegenüber einfach ungültig. **RG.** **48** 107.

6. Kein Gesellschafter braucht sich auch nur eine Änderung des Gesellschaftsvertrags gefallen zu lassen, die eine nicht alle Mitglieder gleichmäßig treffende Schmälerung seiner allgemeinen Mitgliederrechte zur Folge hat. KG. vom 12. 1. 03; s. § 34.

7. Abs. 2, 3. Die Erhöhung des Stammkapitals durch Dreiviertelmehrheits-Beschluß ist zulässig. Es handelt sich hierbei nicht um eine Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrag obliegenden Leistungen. **RG.** **54** 337.

8. Abs. 3. S. § 34 (Amortisation von Geschäftsanteilen).

9. Sind den Gesellschaftern noch andere Verpflichtungen außer der Kapitaleinlage auferlegt und ist im Statut ein Maximalquantum, aber kein Minimalquantum dieser Leistung bestimmt, so bedarf der Beschluß, wonach den Gesellschaftern die Pflicht zur Lieferung eines Mindestquantums auferlegt wird, der Zustimmung aller beteiligten Gesellschafter, auch wenn das Mindestquantum unter dem vorgesehenen Maximalquantum bleibt. Denn diese Abänderung bedeutet eine Vermehrung der Leistungen der Gesellschafter im Sinne des Abs. 3. **RG.** **47** 183, Holdheims MSchr. **10** 121.

10. Vertragsstrafen können nur durch den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder im Wege der Statutenänderung unter Beobachtung von Abs. 3 (Staub § 20 Anm. 14, § 53 Anm. 18) festgesetzt werden. **RG.** **47** 180.

11. Ein Beschluß, durch welchen eine auf bestimmte Zeit gegründete G. m. b. H. auf unbeschränkte Dauer verlängert wird, bedarf der Beobachtung der Vorschrift von Abs. 3, wenn (wie in dem konkreten Falle) darin eine Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Vertrag obliegenden Pflichten zu sehen ist. Ob im allgemeinen ein neuer Verlängerungsbeschluß Dreiviertel-Majorität (Staub Anm. 19) oder Zustimmung aller Beteiligten (Liebmann Anm. 4 b Abs. 2) erfordert, ist kontrovers. OLG. **8** 260 (Dresden).

12. Eine Änderung des Gesellschaftsvertrags, der alle Gesellschafter zustimmen, kann ohne Gesellschafterversammlung und ohne Versammlungsbeschluß gültig erfolgen. ZAktWes. **10** 231.

## Vierter Abschnitt.

## Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

**§ 54.** (S. auch § 57.) Die Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses in das Handelsregister, womit der Beschluß nach § 54 Abs. 3 Wirk-

samkeit erlangt, ist nicht um deswillen anfechtbar, weil die von den Geschäftsführern bei der Anmeldung abgegebene Versicherung (§ 8 Abs. 2) tatsächlich unrichtig war.

Die Kaduzierung und Versteigerung eines auf das erhöhte Stammkapital erworbenen Geschäftsanteils vor der Eintragung ist unzulässig. **RG 54** 389, DJZ. **03** 369, JW. **03** 248, ZAktWes. **10** 275, R. **03** 507 (2604), CBl. FrG. **4** 227, ZAktWes. **10** 275; vgl. noch RJA **1** 116 (KG.), DJZ. **03** 33; Gruchots Beitr. **47** 1040.

**§ 55.** Abs. 1. 1. Jedes Rechtsgeschäft, durch welches sich jemand verpflichtet, eine Stammeinlage zu übernehmen, bedarf der im § 55 Abs. 1 vorgeschriebenen Form. Eine Warenbestellung durch eine G. m. b. H. unter der Bedingung einer Beteiligung am erhöhten Stammkapital ist bei Nichtbeachtung der für die Übernahme der Stammeinlage vorgeschriebenen Form nichtig (§ 139 BGB.). **RG. 43** 139, **50** 50, DJZ. **02** 175, JW. **02** 100, 123 Beil. 186, R. **02** 105, JW. **02** 611, DJZ. **03** 31. Vgl. **RG.** DJZ. **02** 175.

2. Wie bereits in **RG. 43** 139, **50** 50, JW. **02** 611 u. DJZ **03** 31 ausgeführt ist, bedarf jedes Rechtsgeschäft, durch welches sich jemand zur Übernahme einer Stammeinlage verpflichtet, also jeder Vorvertrag, der in Abs. 1 vorgeschriebenen Form. Die abweichende Ansicht Staubs, Komm. zum Ges. betr. die G. m. b. H. 332 Anm. 28, ist nicht zu billigen. **RG.** JW. **03** 248 (34), R. **03** 459 (2408), Holdheims MSchr. **12** 182, Gruchots Beitr. **47** 1040, BankA. **3** 10. Vgl. auch § 2 Nr. 1 u. **RG.** R. **02** 105 (502).

3. Das mündliche oder schriftliche Versprechen, durch Übernahme einer Stammeinlage Mitglied der Gesellschaft zu werden, enthält nur einen formungültigen Vorvertrag. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **02** 205; **RG.** ebenda **03** 42, CBl.FrG. **3** 254, R. **02** 486 u. **03** 87 (Nr. 1073).

4. Eine auf Grund der Erklärung, eine Stammeinlage auf das erhöhte Kapital übernehmen zu wollen, gemachte Einlage ist kondizierbar. Zur Übernahme bedarf es nach § 55 Abs. 1 einer gerichtlich oder notariell aufgenommenen oder beglaubigten Erklärung. Ein Ersatz für solche Erklärung kann nicht in der Einzahlung für sich oder in Verbindung mit dem Vertrage gefunden werden. OLG. **5** 283 (Braunschweig).

5. Hat eine G. m. b. H. die Erhöhung ihres Stammkapitals beschlossen, und ist von jemandem, der bisher der Gesellschaft nicht angehörte, eine Einzahlung zu dem neu aufzubringenden Kapitale durch notariell beglaubigte Erklärung übernommen, so ist diese Erklärung (konkreter Fall, nicht allgemein) eine nach Tarifstelle 58 des Stempelgesetzes vom 31. Juli 1895 zu versteuernde Schuldverschreibung. **RG. 46** 257.

## Fünfter Abschnitt.

### Auflösung und Liquidation.

**§ 60.** 1. Die Vereinigung sämtlicher Geschäftsanteile einer G. m. b. H. in einer Hand löst diese ebensowenig auf, wie eine Aktiengesellschaft durch Vereinigung aller Aktien in einer Hand aufgelöst werden würde. OLG. Colmar, CBlFrG. **4** 44, R. **03** 268 (1509), BankA. **2** 75; Staub 356 Anm. 20; Dernburg I 268 Anm. 19.

2. Die Vereinigung sämtlicher Geschäftsanteile einer G. m. b. H. in einer Hand ist kein Auflösungsgrund. Selbst wenn dies der Fall wäre, würde die Gesellschaft nur in das Stadium der Liquidation treten, in welchem sie noch keineswegs als Rechtssubjekt zu bestehen aufhört. **RG.** GoltdA. **47** 169, LG. I. Berlin, R. **00** 286; Staub 356 Anm. 20; Dernburg I 268 Anm. 19.

3. Einstellung des Gewerbebetriebs seitens der G. m. b. H. bedeutet an

sich nicht die Auflösung der Gesellschaft, und rechtfertigt nicht das Vorgehen des Registerrichters, im Ordnungsstrafverfahren die Anmeldung der Liquidation und die Löschung der Gesellschaft zu erzwingen. LG. I Berlin, R. **02** 23 Nr. 93, CBlFrG. **2** 674; Staub 356 Anm. 17, 357 Anm. 23.

**§ 61.** 1. Wichtige Gründe für die Auflösung werden dann immer als vorhanden anzunehmen sein, wenn dem klagenden Gesellschafter nicht zugemutet werden kann, das Gesellschaftsverhältnis fortzusetzen, und ihm eine Veräußerung seines Gesellschaftsanteils nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Opfern möglich ist. **RG.** JW. **03** 249 (35). Vgl. Staub 359 Anm. 5, 6, 7 über die Art von Gründen.

2. Solch ein Auflösungsurteil wirkt konstitutiv. Jedes zweitinstanzliche Urteil ist revisibel.

3. Bei Klagen auf Aufhebung einer G. m. b. H. ist der Wert des Streitgegenstandes nach freiem Ermessen festzusetzen. Hierfür ist das Interesse des Klägers maßgebend. Es ist deshalb auszugehen von den Geschäftsanteilen der klagenden Gesellschafter. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 1148 ff.; s. auch **RG.** JW. **01** 396.

**§ 63.** Der Konkursverwalter hat die rückständigen Stammeinlagen und Nachschüsse von den Gesellschaftern insoweit einzutreiben, als dies zur Tilgung der Konkursforderungen einschließlich Massekosten erforderlich ist. Er braucht hierbei nicht die Gesellschafter zu befragen. § 46 Nr. 2 kommt nicht zur Anwendung. Daß diese Grenze überschritten wird, haben die beklagten Gesellschafter zu beweisen. **RG.** SächsA. **10** 164, JW. **99** 305, 306; **RG. 45** 755.

**§ 66.** In dringenden Fällen kann auf Antrag jedes Beteiligten (Gläubiger, Schuldner, einzelne Gesellschafter) das Amtsgericht einen Liquidator bestellen (§§ 29, 48 Abs. 1 BGB.); s. Entsch. zu § 1.

**§ 67.** Bei Auflösung einer G. m. b. H. sind — abgesehen vom Konkurse — die ersten Liquidatoren ausnahmslos anzumelden, auch wenn eine Verteilung bereits stattgefunden hat oder alle Geschäftsanteile in einer Hand vereinigt sind. Die Anmeldung ist erforderlichenfalls vom Registerrichter zu erzwingen. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 268, CBlFrG. **4** 271, R. **03** 531 (2744).

**§ 69.** Im Liquidationsstadium einer G. m. b. H. sind Abänderungen des Gesellschaftsvertrags überhaupt nicht statthaft, da Abs. 1 im § 69 die Anwendbarkeit des vierten Abschnitts des Gesetzes, der von der Satzungs-Abänderung handelt, ausschließt. A. M. Staub § 69 Anm. 38, 39. OLG. Karlsruhe, Bad. Rpr. **03** 267, CBlFrG. **4** 271, R. **03** 531 (2745). Vgl. für Genossenschaften **RG. 50** 130, wo die engere Auffassung adoptiert ist.

**§§ 70, 71.** KGJ. **21** A 256 ff., OLG. **3** 67, Holdheims MSchr. **10** 136: Der Liquidator einer G. m. b. H. kann das Gesellschaftsgut in eine neu zu gründende G. m. b. H. nur dann einbringen, wenn entweder die Einbringung von Vermögensbestandteilen der im Auflösungsstadium befindlichen Gesellschaft als Gesellschafterin zur Beendigung der schwebenden Liquidationsgeschäfte dient oder wenn die Gesellschafter der in Liquidation befindlichen Gesellschaft durch einstimmige Willenserklärung den Liquidator hierzu ermächtigt haben, wobei jedoch weitere Voraussetzung ist, daß die Rechte Dritter hierdurch nicht beeinträchtigt werden. Durch die Vorschrift des § 70 wird nicht etwa der Kreis der Befugnisse der Liquidatoren im Verhältnisse zu der Gesellschaft, also nach innen festgelegt, sondern auch die Vertretungsmacht der Liquidatoren gegenüber Dritten nach außen bestimmt und begrenzt. Birkenbihl § 71 Anm. 1; Förtsch (2) § 70 Anm. 2; Neukamp § 71 Anm. 2; Parisius u. Crüger (2) § 71 Anm. 1, **RG. 44** 82; Staub 391, 392 Anm. 15.

Eine etwas weitergehende Auffassung hinsichtlich der Verwaltungsbefugnisse der Liquidatoren vertritt RG. **44** 84.

Staub 390 ff. bekämpft die Entscheidung als in beiderlei Hinsicht von zu enger Auffassung ausgehend.

**§ 71.** 1. § 71 überträgt auf die Liquidatoren (unter anderen) die aus § 37 sich ergebenden Rechte und Pflichten der Geschäftsführer. § 37 Abs. 2 bestimmt nun, daß gegen Dritte eine Beschränkung der Befugnisse der Geschäftsführer, die Gesellschaft zu vertreten, keine rechtliche Wirkung habe. Allein die Anführung des § 37 im § 71 hat insoweit lediglich die Bedeutung, daß die Vertretungsmacht der Liquidatoren nicht über die im § 70 bereits gezogenen Schranken hinaus mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden kann. OLG. **3** 67 (KG.), KGJ. **21** A 256 ff., Holdheims MSchr. **10** 136; vgl. auch § 70. A. M. Staub 393 Anm. 20.

2. Ein Kollektivliquidator einer G. m. b. H. kann nicht gegen den anderen eine Gesellschaftsschuld einklagen. ZAktWes. **11** 15 (KG.), R. **03** 531 (Nr. 2743).

3. Der Liquidator soll beachten, nicht mehr an rückständigen Einlagen einzuziehen, als für die Zwecke der Liquidation notwendig ist. RG. **45** 155 a. E., JW. **99** 305, 306.

4. Nach Abs. 2 sollen die Liquidatoren in jedem Jahre eine Bilanz aufstellen; das Jahr berechnet sich aber nicht nach dem Tage der Aufstellung der ersten Liquidationsbilanz, vielmehr ist für die späteren Bilanzen wieder der Ablauf des durch den Gesellschaftsvertrag festgesetzten Geschäftsjahrs maßgebend. Liebmann Anm. 2; Parisius u. Crüger. A. M. Neukamp Anm. 3; Förtsch; Staub Anm. 5.

**§ 75.** 1. Vgl. § 2 Nr. 8.

2. § 75 d. Ges. betr. die G. m. b. H. ist nicht anders auszulegen als § 309 HGB. Wie nur die im § 309 HGB. erwähnten Gründungsmängel, nicht auch die sich aus § 182 Abs. 1 a. a. O. ergebenden Mängel die Nichtigkeit begründen (Staub, HGB. z. § 309 Anm. 1, 2b), so begründen auch nur Mängel aus § 3 Abs. 1 G. m. b. H. die Nichtigkeit der Gesellschaft. Staub, G. m. b. H. zu § 75 Anm. 3, ThürBl. **49** 202, 203; vgl. hierzu aber § 2 Nr. 7. A. A. Pinner, Aktienr. Anm. 2 u. 3 zu § 309 HGB., §§ 320, 321; Cosack, Lehrb. d. HGB. (5) 165 § 115 VI 1; Makower, HGB. (12) 749, 750 Anm. III zu § 309.

3. Vgl. § 2 Nr. 11.

Nur im Gesetz ausdrücklich für wesentlich erklärte Mängel im urkundlichen Inhalte des Gesellschaftsvertrags begründen die Nichtigkeitsklage und danach die Löschung der Gesellschaft von Amts wegen. R. **02** 177 (810) (KG.).

4. OLG. Hamburg, SeuffA. **57** 238. Mehrere Gesellschafter klagten mit dem Antrag, einen Gesellschaftsbeschluß für ungültig zu erklären. Die Gesellschaft erkannte den Klaganspruch an. Dem widersprachen 10 Gesellschafter, die als Nebenintervenienten beitreten zu wollen erklärten. Der Antrag, die Nebenintervenienten nicht zuzulassen, ist zurückgewiesen worden, weil die 10 Gesellschafter selbständige Nebenintervenienten seien.

Mehrere Nichtigkeitskläger, die den Klaganspruch auf denselben Anfechtungsgrund gründen, sind notwendige Streitgenossen (§ 62 ZPO.).

5. Der § 144 RFrGG. findet nur dann Anwendung, wenn die Gesellschaft oder ein Beschluß der Generalversammlung oder der Versammlung der Gesellschafter als nichtig gelöscht werden soll. In Ansehung sonstiger Löschungen von Amts wegen gelten die §§ 142, 143 für Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und G. m. b. H. KGJ. **27** A 233.

## Sechster Abschnitt.
### Schlußbestimmungen.

**§ 80.** Esser: 1. Bei Auflösung einer Aktiengesellschaft zum Zwecke der Umwandlung in eine G. m. b. H. ist die nach Abs. 4 der Gen.Vers. der Aktionäre zur Genehmigung vorzulegende Bilanz unter Beobachtung der im § 261 HGB. enthaltenen Grundsätze aufzustellen; eine Bewertung der Vermögensgegenstände auf Grund besonderer Sachverständigen-Gutachten oder sonstwie ist ausgeschlossen; die Gen.Vers. entscheidet nach eigenem Ermessen. Von einer sogenannten Liquidationsbilanz, worin bisherige Betriebsgegenstände als Veräußerungsgegenstände zu buchen wären, kann schon deshalb keine Rede sein, weil eine Liquidation nicht stattfindet, vielmehr der Betrieb fortgesetzt wird.

2. Die betr. Bilanz ist auf den Zeitpunkt der Auflösung zu stellen. § 261 HGB. greift nicht Platz. Es handelt sich um eine reine Vermögensbilanz. Sie hat insofern denselben Zweck wie die Liquidationsbilanz. Allerdings kommt durchweg der wahre Geschäftswert in Ansatz.

---

# Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschafts-Genossenschaften

vom 1. Mai 1889 / 20. Mai 1898.

---

**§ 1.** 1. Die Rechtsfähigkeit einer ausländischen Genossenschaft ist nach dem ausländischen Rechte zu beurteilen. OLG. **5** 101 (Kiel), SeuffA. **57** 433, R. **02** 462, 589.

2. Rabattsparvereine betreiben kein Gewerbe. OVG., DJZ. **01** 511.

3. Eine Genossenschaft, die in erster Linie Heilzwecken der Genossen dienen will, ist nicht eintragungsfähig. AG. Krefeld, CBlFrG. **2** 172.

4. Eine Genossenschaft ist nicht eintragungsfähig, wenn sie gemeinnützige Zwecke verfolgt. (Parisius-Crüger (3) 7, 19, 28, 92.) Nicht eingetragen kann demnach werden eine „Baugenossenschaft für kirchliche Bauten", welche die Mittel dazu wesentlich durch freiwillige Beiträge gewinnen will. Parisius-Crüger (3) 27, 53, 58, 63, AG. Mülhausen i. E., CBlFrG. **3** 836.

5. Die im § 1 beschriebenen Vereine sind nicht verpflichtet, sich eintragen zu lassen.

Das Gesetz macht nur den Erwerb der Genossenschaftsrechte als solcher inkl. der Kaufmannsqualität von der Eintragung in das Register abhängig und verordnet als Rechtsnachteil, der aus der Unterlassung der Eintragung folgen soll, daß vor der Eintragung die Rechte einer Genossenschaft nicht erworben worden sind. Insbesondere kann § 10 des Genossenschaftsgesetzes, wonach Statut und Vorstandsmitglieder in das für den Sitz der Genossenschaft bestehende Genossenschaftsregister einzutragen sind, nicht die Bedeutung haben, daß den Genossenschaften eine entsprechende Eintragungspflicht auferlegt sein soll. Maurer-Birkenbihl 35, Parisius-Crüger (3) 19, 92 ff., Pröbst 17 ff., Gierke 75, 87, RG. **39** 29, KGJ. **19** A 24, SeuffA. **56** 57 Nr. 32, OLG. **2** 487 (Kiel).

6. Die Eintragung eines Konsumvereins, der nur für seine Mitglieder Waren einkauft und den Gewinn, der bei dem Einkauf im großen erzielt wird, auf die Mitglieder nach Verhältnis der bezogenen Waren verteilt, kann — abgesehen von anderen Gründen, vgl. die voraufgegangene Entscheidung

— in Ermangelung der Gewerbsmäßigkeit (vgl. **RG. 38** 20) durch Ordnungsstrafen nicht erzwungen werden. OLG. **2** 122, KGJ. **21** A 75 (Kg.).

7. Die Bezeichnung einer Gesellschaft als eingetragene Genossenschaft und deren Eintragung ins Genossenschaftsregister verleihen die Eigenschaft einer Genossenschaft nicht, wenn Erfordernisse fehlen, welche nach dem Genossenschaftsgesetz jede eingetragene Genossenschaft haben muß, z. B. unbeschränkte Zahl der Mitglieder. OLG. Colmar, DJZ. **00** 236.

8. Ein Dritter, der die Eintrittsbedingungen zu erfüllen bereit ist, hat dennoch gegen die Genossenschaft kein Recht, den Eintritt zu verlangen. OLG. Stuttgart, OLG. **1** 157, R. **00** 495.

9. In der Regel hat zwar ein Dritter nicht das Recht auf Aufnahme in eine Genossenschaft, wenn er auch die statutarischen Aufnahmebedingungen zu erfüllen bereit ist. Anders liegt die Sache in folgendem Falle: Durch Zusammenwirken der Gemeinde mit der Metzgergenossenschaft war ein öffentliches Schlachthaus errichtet und damit der Schlachthauszwang eingeführt (vgl. § 23 GewO.). Im Sinne der GewO. bedingt die Öffentlichkeit eines Schlachthauses dessen allgemeine Zugänglichkeit mindestens für diejenigen Personen der Gemeinde, die das Metzgergewerbe betreiben, unter gleichmäßiger Bemessung der Gebühren, und demgemäß auch ein Recht auf Beitritt dieser Personen zur Genossenschaft. Der Erwerb des Rechtes ist ein unmittelbarer. **RG.** JW. **01** 11 Nr. 17, **RG. 47** 76; auch OLG. **1** 157 (Stuttgart), R. **01** 474 (1998).

10. Unerlaubter Geschäftsbetrieb eines Konsumvereins liegt nicht bei Verkauf selbst hergestellter Backwaren vor. Das Verbot des Verkaufs an Nichtmitglieder hat nur den begrifflichen regelmäßigen Geschäftsverkehr eines Konsumvereins im Auge, der den Verkauf im kleinen von im großen eingekauften Lebens- und Wirtschaftsbedürfnissen umfaßt, aber den Verkauf hergestellter Gegenstände, wenngleich innerhalb des allgemeinen Rahmens der Genossenschaft liegend, als das Kriterium einer besonderen Figur dieser, der Produktionsgenossenschaft, aufstellt. OLG. Braunschweig, DJZ. **01** 216.

**§ 3.** Die Bezeichnung der Firma in fremder (polnischer) Sprache ist zulässig. Es kann auch im Statute bestimmt werden, daß die Bekanntmachungen in einer fremdsprachigen Zeitung veröffentlicht werden. Die Bekanntmachungen selbst müssen aber in deutscher Sprache erfolgen. SeuffA. **56** 9 (KG.).

**§§ 6, 7, 8.** Daß Zuwiderhandlungen der Genossen gegen genossenschaftliche Verpflichtungen mit Strafe zu belegen seien, kann das Statut vorschreiben. **RG. 47** 146.

**§ 6.** Der Sitz einer Gesellschaft bedeutet in der Regel deren Niederlassung, wenn nur eine vorhanden ist, sonst ihre Hauptniederlassung im Gegensatze zu Zweigniederlassung. Die Sitzbegründung für die Genossenschaft ist unabhängig von der Führung der Verwaltung an dem betr. Orte. Sie wird durch das Statut in Verbindung mit der Eintragung festgestellt. Der Sitz ist maßgebend für den Gerichtsstand im Sinne von § 17 ZPO. Wird die Verwaltung an einem anderen Orte geführt, als wo der statutarische Sitz sich befindet, so ist die Anwendung von § 21 ZPO. nicht ausgeschlossen. **RG.** JW. **02** 161, R. **02** 238, Holdheims MSchr. **11** 125.

**§ 7.** 1. Die genossenschaftlichen Verpflichtungen der Mitglieder können in einer im Statute vorbehaltenen, später zu erlassenden Geschäftsordnung nur insoweit bestimmt werden, als die Bestimmungen der Geschäftsordnung im Statut ihre Stütze finden. Eine jeder näheren Angabe und Begrenzung entbehrende Klausel des Statuts kann unter keinen Umständen gültig und geeignet sein, die darauf gestützten Vorschriften der Geschäftsordnung zu tragen. **RG. 47** 155, JW. **01** 124 (16); vgl. auch R. **01** 474 (1997).

2. Aus § 7 Nr. 2 ergibt sich, daß der Geschäftsanteil für alle Genossen gleich sein muß.

Ist gegen diese Vorschrift verstoßen, so bleibt die Genossenschaft gleichwohl so lange als parteifähiges Gebilde bestehen, bis sie auf Grund erhobener Klage für nichtig erklärt ist (§§ 94, 96, 51 Abs. 3 Satz 1). **RG.** Holdheims MSchr. **10** 80, JW. **01** 83 Nr. 14, OLG. **2** 461.

3. Unter Geschäftsanteil im Sinne des § 7 ist die höchste zulässige Einlage zu verstehen. **RG. 47** 138, JW. **04** 83 (16).

4. Der im Statute festgesetzte Geschäftsanteil bildet den Höchstbetrag, bis zu welchem sich die Genossen durch Einlagen an der Genossenschaft beteiligen können, und der zehnte Teil dieser Summe den niedrigsten Betrag, bis zu welchem sie sich in dieser Weise beteiligen müssen. Für diesen Minimalbetrag muß das Statut bestimmen, in welchen Fristen er einzuzahlen ist. Die Bestimmung muß so beschaffen sein, daß jener Mindestbetrag regelmäßig erreicht werden kann. Dabei müssen auch die Gewinnzuschreibungen außer Betracht bleiben Die Beschlußfähigkeit der Generalversammlung kann statutarisch von der Anwesenheit einer bestimmten Anzahl von Genossen abhängig gemacht werden. Vorkehrungen für den Fall, daß in mehreren Generalversammlungen die Präsenzziffer nicht erreicht und dadurch die vielleicht notwendige Beschlußfassung vereitelt wird, brauchen nicht getroffen zu sein. KGJ. **26** A 229.

5. Die Verbindlichkeit eines Genossen zur Einzahlung des statutenmäßig einzuzahlenden Teiles des Geschäftsanteils geht mit der Konkurseröffnung nicht kraft Gesetzes unter. OLG. **6** 502 (KG.). (Richtig, soweit Rückstände in Frage kommen, mit Rücksicht auf das kraft Gesetzes eintretende Erlöschen des Rechtssubjekts wohl aber nicht richtig, soweit später fällig werdende Einzahlungen in Frage kommen. Parisius-Crüger (3) 47ff., Birkenbihl-Maurer 404. A. A. Joël 458, Kammergerichtsbeschluß vom 27. 3. 97).

6. Eine Genossenschaft kann auf Grund der §§ 147 Abs. 1 und 142 Abs. 1 FrGG. gezwungen werden, eine den Begriff der Bilanz verletzende statutarische Bestimmung zu streichen. Theodor Cohn, DJZ. **03** 442/44.

7. S. § 6 Nr. 2.

8. S. § 134 Nr. 4.

**§ 8.** (S. auch § 43.) 1. Die Bestimmung im Statut einer eingetragenen Genossenschaft, daß bei den von der Generalversammlung vorzunehmenden Wahlen im Falle der Stimmengleichheit das Los entscheide, ist ungültig, ebenso auch die dementsprechend vorgenommenen Wahlen. Neumann, R. **03** 454.

Parisius-Crüger (3) 238 erachten die Bestimmung, daß bei Stimmengleichheit das Los entscheiden könne (nicht speziell für die Vornahme von Wahlen behandelt), für zulässig.

Wo bei Stimmengleichheit resp. Nichterreichung einer absoluten oder relativen Mehrheit der Antrag ꝛc. abgelehnt gilt, ist die Annahme von Parisius-Crüger allerdings nicht recht verständlich. Denn das Grundprinzip, wonach jedes Genossen Stimme gleichwertig sein soll, ist verletzt, sei es, daß der Vorsitzende den Ausschlag geben soll, sei es, daß das Los entscheiden soll. Im ersteren Falle hat der Vorsitzende zwei Stimmen. Im letzteren Falle legt der Zufall der Stimmenzahl, zu deren Gunsten er ausschlägt, ein Übergewicht bei.

2. S. o. § 6 Nr. 2.

3. S. u. § 89 Nr. 2.

4. Abs. 3. Ist die schriftliche Erklärung des Beitritts zur Genossenschaft m. b. H. und die Einreichung der Beitrittserklärung beim Registerrichter vor, die Eintragung in die Liste der Genossen aber erst nach Eröffnung des Konkurses über das Genossenschaftsvermögen erfolgt, so ist die Eintragung wirkungs-

los, weil unzulässig. **RG. 50** 127, DJZ. **02** 201 Nr. 24, Holdheims MSchr. **11** 82. S. § 15 Nr. 6.

**§ 10.** 1. Diese Vorschrift setzt eine eingetragene Genossenschaft voraus. KGJ. **19** 24, SeuffA. **56** 57 Nr. 32. S. § 17 Nr. 1.

2. Verlegt eine Genossenschaft ihren Sitz aus dem bisherigen Registerbezirk in einen neuen, so ist sie zunächst in dem Register des alten Sitzes zu löschen und dann erst in das Register des neuen Sitzes einzutragen. Bis zur Eintragung des die Sitzverlegung betreffenden Beschlusses bleibt gemäß § 16 Abs. 4 GenGes. der alte Sitz bestehen, weil eben ein neuer Sitz vorher noch nicht rechtswirksam bestimmt werden kann. Danach muß die Eintragung dieser Sitzverlegung zunächst in das Register des alten Sitzes erfolgen. Vor dieser Eintragung kann nicht die Eintragung der Genossenschaft selbst in das Register des neuen Sitzes erfolgen. Bei der Neueintragung der Genossenschaft nach der Sitzverlegung sind nicht die in §§ 10 ff. GenG. für die Begründung der Genossenschaft vorgeschriebenen Normen maßgebend. Es bedarf deshalb nicht einer Anmeldung der Genossenschaft zur Eintragung in das Register des neuen Sitzes wie bei der Gründung der Genossenschaft, sondern nur eines Antrags auf Übernahme der Genossenschaft in dieses Register seitens der Vertreter der Genossenschaft. § 157 GenG., welcher nur förmliche Anmeldungen zum Genossenschaftsregister betrifft, kann hier nicht Anwendung finden. KGJ. **21** A 266; auch CBlFrG. **1** 817; auch ThürBl. **49** 20, R. **01** 204 (648), OLG. **2** 336 ff.

3. Der Registerrichter ist verpflichtet, die Eintragung einer Satzungsänderung vom Nachweis abhängig zu machen, daß der Staat den neuen Gegenstand des Unternehmens genehmigt habe. Das gilt auch für Versicherungsunternehmungen. Als Versicherungsunternehmen im Sinne des Gesetzes vom 12. Mai 1901 sind nach dessen § 1 die Privatunternehmungen anzusehen, welche den Betrieb von Versicherungsgeschäften zum Gegenstande haben. Auch Bürgschaften für Kapitalausfälle ist die Eigenschaft von Versicherungsverträgen nach allgemeinen Grundsätzen zuzusprechen. Da § 4 des Gesetzes vom 12. Mai 1901 nun aber bestimmt, daß Versicherungsunternehmungen zum Geschäftsbetriebe der Erlaubnis der Aufsichtsbehörde bedürfen, so haben Genossenschaften eine staatliche Genehmigung nötig, wenn sie die Übernahme von Bürgschaften für hypothekarische Verpflichtungen der Genossen einführen wollen. OLG. **5** 34 (KG.), CBlFrG. **2** 534, **3** 193, KGJ. **24** A 203. Vgl. aber Parisius-Crüger (3) 14.

**§ 11.** 1. Ziff. 2. Unzulässig ist es, wenn der Registerrichter zur Prüfung der Rechtswirksamkeit der Beitrittserklärungen vor der Eintragung die Mitteilung des Geburtsdatums der einzutragenden Genossen verlangt. Nur dann darf er die Eintragung ablehnen, wenn die Unwirksamkeit der Beitrittserklärung sich aus dem Gerichte schon bekannten Tatsachen ergibt. OLG. Colmar, DJZ. **02** 324, OLG. **4** 4, CBlFrG. **2** 198. S. u. § 15 Nr. 4.

2. Abs. 2. Das ursprünglich eingereichte, von allen Genossen unterzeichnete Statut ist vom Registergericht beanstandet und dann durch Beschluß der Generalversammlung den Beanstandungen gemäß abgeändert worden. Es bedarf nun nicht der Einreichung einer neuen Genossenliste, sofern sämtliche Personen, welche das ursprüngliche Statut unterzeichnet haben, die getroffene Abänderung unterschriftlich genehmigen, und die eingereichte Liste diejenigen Genossen aufführt, welche das ursprüngliche Statut und den abändernden Nachtrag vollzogen haben. KGJ. **25** A 263, OLG. **6** 498 Anm., CBlFrG. **4** 44.

**§ 12.** 1. Allgemeine Verfügung vom 4. Dezember 1900, betr. die Bekanntmachung der von den Registergerichten für ihre Veröffentlichungen bestimmten Blätter.

Der Justizminister bringt in Erinnerung, daß entgegen der noch vereinzelt beobachteten Übung einiger Amtsgerichte im geltenden Rechte die Veröffentlichung der für die Publikation der Eintragung in das Handels-, Börsen- und Genossenschaftsregister vorgesehenen Blätter nicht mehr begründet sei und daß auch eine dahin gehende Bestimmung im Verwaltungswege nicht getroffen sei. Gleichzeitig untersagt er, daß in Zukunft selbst bei den mit mehr als drei Richtern besetzten Amtsgerichten die Namen der mit der Registerführung beauftragten Beamten bekannt gemacht würden.

Bekanntlich ist im § 10 der Allgemeinen Verfügung vom 7. November 1899 über die Führung des Handelsregisters (JMBl. 313) und dementsprechend im Art. 4 der Allgemeinen Verfügung vom 17. Juli 1889/8. November 1899 über die Führung des Genossenschaftsregisters (JMBl. 334) angeordnet, daß der Gerichtsschreiber des Registergerichts die für die Bekanntmachungen bestimmten Blätter bis zum 8. Dezember der Gerichtsschreiberei des Oberlandesgerichts mitzuteilen und diese die erstatteten Anzeigen dem Reichs-Justizamte zu übermitteln habe, welch letzteres eine zusammenfassende Bekanntmachung über die von den einzelnen Registergerichten für ihre Veröffentlichungen benutzten Blätter im Reichsanzeiger zu veranlassen hat (JMBl. **00** 642). Vgl. §§ 156 Nr. 1, 159 Nr. 2.

2. Allgemeine Verfügung vom 9. Mai 1902, betr. die Bekanntmachungen aus dem Genossenschaftsregister.

Aus Veranlassung des Beschlusses des I. Zivilsenats des Kammergerichts vom 13. Januar 1902 schärft der Justizminister die Beobachtung der Vorschriften im Art. 5 der Allgemeinen Verfügung vom 11. Juli 1889/8. November 1899 über die Führung des Genossenschaftsregisters (JMBl. 334) und im § 12 der Allgemeinen Verfügung vom 7. November 1899 über die Führung des Handelsregisters (JMBl. 313) und der Anweisungen im JMBl. von 1893 111 und von 1898 118 den Gerichtsschreibern und den Richtern dahin ein, daß im Interesse der Genossenschaften, namentlich der kleineren, die Veröffentlichungen in den Blättern und auch der Inhalt der zur Publikation bestimmten Mitteilungen nach Möglichkeit eingeschränkt werde (JMBl. **02** 110). S. §§ 156 Nr. 1, 159 Nr. 2.

3. Die Polizeibehörde kann jederzeit durch Einsicht des Genossenschaftsregisters und seiner Beilagen Kenntnis von dem geltenden Statute der Genossenschaft und dem Bestand ihrer Mitglieder erlangen. Sie bedarf also zu diesem Zwecke keiner Auskunft der Genossenschaft. Daher fehlt auch der Polizeibehörde das Recht auf Erzwingung einer solchen Auskunft. PrOVG., DJZ. **00** 484 (75), NaumbAK. **00** 49.

4. S. § 89 Nr. 2.

**§ 13.** Die Genossenschaft besteht auch schon vor der Eintragung, sobald ein Akt vorliegt, der nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen genügt, um eine Genossenschaft, d. h. einen Personenverein, dessen Bestand von dem Ein- und Austritte der einzelnen Mitglieder unabhängig ist, zu schaffen. Ein Rücktritt eines Genossen nach diesem Akte, mag die Genossenschaft auch noch nicht zur Eintragung angemeldet sein, ist unwirksam. OLG. Hamburg, SeuffA. **55** 311; vgl. **RG. 39** 30. S. jedoch bei § 15 Note 2.

**§ 15.** 1. Eine von dem Beitretenden unterzeichnete Erklärung ist wirksam, wenn derselbe auch deutsch weder lesen noch schreiben kann. Es muß sich nach dem Inhalte der Erklärung aber um eine unzweifelhafte Beitrittserklärung handeln. **RG.** SächsA. **10** 367; auch DJZ. **00** 321, JW. **00** 299, **RG. 45** 139, **RG.** JW. **01** 83, Holdheims MSchr. **9** 108, R. **00** 106. S. § 165 der Übergangsbestimmungen.

2. §§ 15 Abs. 1 und 131 Abs. 1 erfordern eigenhändige Unterschrift der danach abzugebenden Erklärungen. OLG. Jena, ThürBl. 03 106, 107.

3. Der Beitritt kann auch durch eine von dem Bevollmächtigten des Beitretenden unterzeichnete Erklärung erfolgen. KGJ. 24 A 74, OLG. 4 477, RJA. 3 78, CBlFrG. 3 66.

4. Das Amtsgericht ist nicht berechtigt, die Eintragung eines Genossen von der vorgängigen Angabe des Geburtsdatums desselben abhängig zu machen. OLG. Colmar, OLG. 4 4, DJZ. 02 324, § 29 Abs. 3 der Bek. v. 1. 7. 99, CBlFrG. 2 144. S. o. § 11 Nr. 1.

5. Auch eine Beanstandung um deswillen, weil das Gesetz nicht unter dem Datum seiner neuesten Redaktion bezeichnet ist, ist unzulässig. LG. Gnesen, PosMschr. 02 63.

6. Die Eintragung neuer Mitglieder in das Genossenschafts-Register nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Genossenschaft ist unzulässig, wenn auch der Vorstand die Beitrittserklärungen vor der Eröffnung dem Registergericht eingereicht hat. Vor der Eintragung in die Liste besteht die Mitgliedschaft nicht. OLG. Hamburg, OLG. 1 58, Holdheims MSchr. 9 286; vgl. **RG.** JW. 00 567. Vgl. auch **RG.** R. 02 132 (626); DJZ. 02 201, CBlFrG. 2 839, **RG.** 50 127. S. o. § 8 Nr. 4.

7. Das Gericht hat nur zu prüfen, ob die Beitrittserklärung die Unterschrift des Genossen trägt und eine unbedingte ist. Auf die Echtheit der Unterschrift und die Wirksamkeit der Beitrittserklärung ist die Prüfung nicht zu erstrecken; vielmehr bleibt die Geltendmachung solcher Mängel in der Regel den Beteiligten im Wege der Klage überlassen. Ausgeschlossen soll die Ablehnung aus solchen Gründen nur dann nicht sein, wenn die Unwirksamkeit der Beitrittserklärung, ohne daß es weiterer Ermittelungen bedarf, aus Tatsachen, die dem Gerichte bekannt sind, sich als zweifellos ergibt. R. 00 539 (KG.), CBlFrG. 2 335; § 29 Bek. d. Reichskanzlers v. 1. 7. 99. Vgl. auch OLG. Colmar, CBlFrG. 2 198, ElsLothrZ. 26 449, OLG. 4 4. S. u. Nr. 9 u. § 26 Nr. 2.

8. Der Registerrichter ist bei Errichtung einer Zentralgenossenschaft durch andere Genossenschaften ohne besondere Gründe nicht zur Prüfung befugt, ob die den Beitritt von Genossenschaften in der konstituierenden Generalversammlung erklärenden Personen zur Abgabe dieser Erklärung bzw. Unterzeichnung des Statuts befugt waren. LG. Darmstadt, HessRspr. 2 53.

9. Unzulässig ist es, wenn der Registerrichter die Eintragung von der Einreichung des Statuts der einer Zentralgenossenschaft beitretenden Genossenschaft abhängig macht, um zu ersehen, ob der Vorstand ermächtigt ist, den Beitritt zu erklären (§ 26). LG. Thorn, CBlFrG. 2 335. S. o. Nr. 7, u. § 26 Nr. 2.

10. Die Geschäftsanteile der Genossen haben die Natur eines Garantiekapitals für die Genossenschaftsgläubiger. Aus der rechtlichen Natur der Beitrittserklärung als einer auch für die Gläubiger der Genossenschaft bestimmten verpflichtenden Willenserklärung und der konstitutiven Bedeutung der Eintragung des Genossen und seiner Geschäftsanteile in die öffentliche Liste der Genossen durch das Gericht rechtfertigt sich die Folgerung, daß der Genosse die Anfechtung der Vorschuß- und Nachschußberechnung darauf nicht stützen kann, daß seine Willenserklärung durch Täuschung seitens eines Vertreters der Genossenschaft beeinflußt und deshalb anfechtbar sei. (Für die AG. u. die G. m. b. H. hat die Rechtsprechung des RG. diesen Rechtssatz aufgestellt in **RG.** 9 37, 19 124. Vgl. auch ROHG. 20 220, 5 415.) Die rechtliche Natur der Genossenschaft m. b. H. führt für sie notwendig zu derselben Entscheidung. **RG.** JW. 00 159

Nr. 25, DJZ. **00** 275 (40), Holdheims MSchr. **9** 65, R. **00** 106, **RG.** **45** 106, SeuffA. **55** 312, SächsA. **10** 483.

11. Vgl. § 134 Nr. 4.

**§ 16.** (§ 156.) Die ausdrückliche Vorschrift des Genossenschaftsgesetzes über den Umfang der Veröffentlichung der Statutenabänderung läßt eine Anwendung von § 10 HGB. nicht zu, obwohl letztere Vorschrift im § 156 GenossenschG. angezogen worden ist. LG. Hamburg, Holdheims MSchr. **10** 179.

**§ 17.** 1. Die Anwendung dieser Vorschrift setzt eine eingetragene Genossenschaft voraus. KGJ. **19** A 24, auch SeuffA. **56** 57 Nr. 32. S. § 10 Nr. 1.

2. Das Mitglied einer eingetragenen Genossenschaft, gegen welche eine Unterschlagung verübt ist, ist infolge seiner Mitgliedschaft nicht unfähig, bei Beurteilung dieser Tat als Geschworener mitzuwirken. Verletzt ist die Genossenschaft. **RG.** Strafs. **63** 361.

**§ 18.** Die Zusicherung günstigerer Aufnahmebedingungen an einzelne Genossen ist unzulässig. Eine Verschiedenheit der Rechte und Pflichten der Genossen ist nur insoweit wirksam, als dies im Statute statthafterweise vorgesehen ist. **RG.** SeuffA. **55** 70.

**§ 19.** 1. Der Beschluß der Generalversammlung, daß zwecks Schuldentilgung für jeden Geschäftsanteil ein bestimmter Betrag ohne Anspruch auf Rückzahlung zu zahlen sei, ist nichtig. OLG. **6** 193 (Naumburg); ebenso u. § 23.

2. S. u. § 90 Nr. 2.

**§ 22.** S. u. § 90 Nr. 2.

**§ 23.** (S. auch §§ 98 ff.) Ein Beschluß oder eine Statutenbestimmung des Inhalts, daß zur Deckung eines etwaigen Defizits die Geschäftsanteile und die Geschäftsguthaben für vermindert und eventuell verbraucht angesehen werden und im Falle der Unzulänglichkeit der Geschäftsanteile und Geschäftsguthaben das danach noch verbleibende Defizit umgelegt werden sollte, ist ungültig. Das Gesetz kennt nur ein Umlageverfahren im Konkurse, nicht eine Nachschußpflicht zur Abwendung des Konkurses. OLG. Frankfurt a. M., R. **02** 618 (2880). S. o. § 19 Nr. 1.

**§ 24.** 1. Der Vorstand vertritt die Genossenschaft ausschließlich Dritten gegenüber. Entgegenstehende Beschlüsse von Aufsichtsrat und Generalversammlung sind unmaßgeblich. LG. Gnesen, PosMschr. **02** 131.

2. Der Vorstand einer eingetragenen Genossenschaft wird durch die ihm durch das Statut oder Beschluß der Generalversammlung auferlegten Beschränkungen nicht gehindert, die Genossenschaft nach außen zu vertreten. Die Vertretungsbefugnis ist nach außen hin unbeschränkt und unbeschränkbar. Eine Überschreitung der dem Vorstande gesetzten Schranken hat nur für das innere Verhältnis rechtliche Bedeutung. Ein Dritter kann nicht geltend machen, das Geschäft sei ungültig, weil der Vorstand die ihm der Genossenschaft gegenüber obliegenden Verpflichtungen verletzt habe. Ebensowenig darf das Gericht oder eine andere Behörde eine Erklärung des Vorstandes zurückweisen, weil seine Befugnis zur Vertretung beschränkt sei. **RG.** **45** 150 ff., Puchelts Z. **32** 705. S. u. § 27 Nr. 2.

3. Die Mitglieder des Vorstandes, welche die fortgesetzte Abgabe von Waren auf Kredit durch die Lagerhalter pflichtwidrig geschehen ließen, können sich nicht darauf berufen, daß der Generalversammlung bei der jährlichen Genehmigung der Bilanzen diese Verhältnisse bekannt waren und daß sie von ihr stillschweigend geduldet wurden. In einer solchen Duldung liegt insbesondere keine Ermächtigung des Vorstandes, für die Zukunft in gleicher Weise verfahren zu dürfen. Die Genossenschaft kann allerdings auf ihre Entschädigungsansprüche

gegen die Vorstandsmitglieder verzichten. An eine solche Entlastung wäre auch der Konkursverwalter gebunden. Ein wirklicher Verzicht kann jedoch nur angenommen werden, wenn die Generalversammlung die Entlastung des Vorstandes wegen der konkreten Ansprüche und in voller Kenntnis der Sachlage beschlossen hat.

Liegt ein nicht nur statutenwidriges, sondern strafrechtswidriges Verhalten der Vorstandsmitglieder vor, so ist eine etwaige Genehmigung des Verhaltens durch die Generalversammlung nichtig. **RG.** JW. **03** 391 (26).

**§ 25.** 1. Die Mitglieder A., B., C. des Vorstandes waren nach dem Statute befugt, für die Genossenschaft in der Weise zu zeichnen, daß zwei Vorstandsmitglieder der Firma ihre Namensunterschriften hinzufügten. Eine für den Grundbuchverkehr dem A. erteilte Vollmacht war nur von A. und B. unterzeichnet. Diese Vollmacht wurde für unwirksam erachtet, wenn auch im allgemeinen einem kollektivberechtigten Vorstandsmitglied eine Vollmacht erteilt werden könne. In Ermangelung besonderer Bestimmung der Statuten sei anzunehmen, daß, soweit ein Mitglied des Vorstandes der Genossenschaft in rechtsgeschäftlicher Beziehung gegenübertrete, die beiden anderen Mitglieder die Genossenschaft zu vertreten hätten. Da der Vollmacht ferner ein Auftrag zugrunde läge, stehe auch § 181 BGB. entgegen. KGJ. **21** A 106, OLG. **2** 338, R. **01** 318 (1284). S. u. § 42 Nr. 1.

2. Statutarische Vorschriften, welche gemäß § 25 Abs. 2 GenG. zur Zeichnung von Willenserklärungen des Vorstandes neben den Unterschriften einer bestimmten Anzahl von Vorstandsmitgliedern auch die Niederschrift der Genossenschaftsfirma erfordern, haben, wie § 25 Abs. 2 selber, nur die Bedeutung einer Ordnungsvorschrift. Dies folgt aus §§ 26, 28 Abs. 2 GenG. Der Grundbuchrichter kann hiernach die für eine Genossenschaft abgegebene Willenserklärung der legitimierten Zahl der Vorstandsmitglieder wegen Fehlens der Zeichnung der Genossenschaftsfirma nicht beanstanden. OLG. **2** 89, R. **01** 145 (421), **01** 266 (1002), auch KGJ. **21** A 105; ebenso CBlFrG. **1** 408 (KG.). S. u. § 28 Nr. 2.

**§ 26.** 1. Weber, BayrNotZtg. **01** 222: Die Vertretungsmacht der Vorstände der AG.en, der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und der G. m. b. H., sowie der bayr. sog. registrierten Gesellschaft nach außen und die Prüfung der Legitimation der Vorstände dieser juristischen Personen von seiten der kgl. Hypothekenämter u. d. Notariats.

2. Abs. 2. Der Antrag auf Eintragung von Genossenschaften als Mitglieder der Zentralgenossenschaft bedarf nur der Vollziehung durch die Vorstandsmitglieder. Eines besonderen Ausweises im Sinne von § 26 Abs. 2 des GenG. bedarf es nicht. Dies folgt einmal aus § 15 des GenG. und § 161 der Bekanntmachung vom 1. 7. 99, wonach der Registerrichter bei Beitrittserklärungen von Genossenschaften nur zu prüfen hat, ob sie ordnungsmäßig mit solcher Unterschrift versehen sind, wie sie regelmäßig von Genossenschaften geführt werden. OLG. **2** 90 (KG.), CBlFrG. **01** 152. Vgl. auch Parisius u. Crüger (3) 113 und 184 mit Literaturangaben. S. o. § 15 Nr. 7 u. Nr. 9.

3. Die Legitimation des Vertreters einer eingetragenen Genossenschaft wird im Grundbuchverkehre durch eine Bescheinigung gemäß § 26 Abs. 2 nachgewiesen. LG. Colmar, CBlFrG. **3** 255.

4. Zur Löschungsbewilligung bezüglich einer Hypothek genügt die vom Vorstand unterzeichnete Vollmacht. LG. Colmar, CBlFrG. **4** 227.

**§ 27.** 1. Zwar haben die Genossen, sofern sie mit der Genossenschaft geschäftlichen Verkehr unterhalten, als dritte Personen zu gelten. Sie sind aber dritte Personen nur dann, wenn sie der Genossenschaft nicht in ihrer Eigenschaft als Genossen gegenüberstehen. Soweit es sich um genossenschaftliche Rechte und

Pflichten handelt, entscheidet nicht die Erklärung des Vorstandes, sondern Statut und Gesetz. **RG.** SeuffA. **55** 70.

2. Wenn der Vorstand die Beschränkungen seiner Vertretungsmacht nicht wahrt, so hat dies nur für das innere Verhältnis zwischen Vorstand und Genossenschaft Erheblichkeit. Ein Dritter, der mit dem Vorstand ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, kann nicht mit Erfolg geltend machen, dieses sei wegen Überschreitung der Vertretungsbefugnisse des Vorstandes ungültig. Auch kann weder das Prozeßgericht (§ 54 ZPO.) noch der Grundbuchrichter den Vorstand wegen Beschränkung seiner Vertretungsbefugnisse zurückweisen (vgl. Note 5 zu § 126 HGB.). **RG.** Puchelts Z. **32** 705, **RG. 45** 150 ff. S. § 24 Nr. 2.

**§ 28.** 1. Her, WürttZFrG. **02** 172: Die Wiederwahl von Vorstandsmitgliedern einer Genossenschaft ist dem Registerrichter seit 1. 1. 00 nicht mehr anzuzeigen.

2. Abs. 2. Im § 25 Abs. 2 ist die Form geregelt, in welcher die Vorstandsmitglieder im Geschäftsverkehre schriftliche Willenserklärungen für die Genossenschaft abzugeben haben. Im § 28 Abs. 2 ist dagegen die Art, wie die Vorstandsmitglieder die Zeichnung zur Aufbewahrung bei Gericht zu bewirken haben, in erschöpfender Weise geregelt. § 28 schreibt aber nicht vor, daß das Vorstandsmitglied die zur Aufbewahrung bei Gericht bestimmte Zeichnung in gleicher Weise vornehmen müsse, wie dies für die schriftlichen Willenserklärungen im Geschäftsverkehre geboten ist. Hiernach kann das adlige Vorstandsmitglied die Unterschrift zur Aufbewahrung mit dem Adelsprädikat, im Geschäftsverkehre bei schriftlichen Willenserklärungen ohne das Adelsprädikat zeichnen. CBlFrG. **1** 408 (KG.). S. o. § 25 Nr. 2.

**§ 30.** (§ 160.) Die Mitglieder des Vorstandes können durch Ordnungsstrafen angehalten werden, die Übereinstimmung des vom Vorstande geführten Verzeichnisses mit der gerichtlichen Genossenliste herzustellen. Das Registergericht kann aber nicht die Einreichung des vom Vorstande geführten Genossenverzeichnisses verlangen, um zu ersehen, ob dasselbe mit der vom Gerichte geführten Mitgliederliste übereinstimme. Es kann einer ihm event. von der Tatsache der Nichtübereinstimmung gewordenen glaubhaften Kenntnis nur dadurch Rechnung tragen, daß es von dem Ordnungsstrafverfahren Gebrauch macht. OLG. **7** 211 (KG.), CBlFrG. **4** 271, Parisius-Crüger (3) 191, 459, Birkenbihl-Maurer 174.

**§ 33.** 1. KGJ. **20** A 60: Die Bilanz einer eingetragenen Genossenschaft, die von dem Vorstande zu veröffentlichen und deren Bekanntmachung dem Registergericht einzureichen ist, darf nicht aus einer bloßen Gegenüberstellung des Wertes des Aktivvermögens und des Betrags der Passiva in je einer einzigen Summe mit Angabe des Gewinns oder Verlustes bestehen, muß vielmehr die einzelnen Bestandteile der Aktiva und der Passiva in einer die Übersicht des Vermögensstandes ermöglichenden Weise ersehen lassen. Eine diesem Erfordernisse nicht entsprechende Bekanntmachung der sog. Bilanz berechtigt das Registergericht zum Einschreiten mit Ordnungsstrafen. S. u. Nr. 4.

2. Die Bilanz muß die Geschäftsguthaben der Genossen gesondert von den Geschäftsschulden aufführen. Befugnis des Registergerichts, über die Veröffentlichung einer entsprechenden Bilanz zu wachen. KG., OLG. **4** 479, RJA. **3** 81, CBlFrG. **3** 68, R. **02** 321 Nr. 1555; auch KGJ. **24** A 200.

3. Im Laufe eines Geschäftsjahrs verstorbene Genossen sind sowohl in der zu veröffentlichenden Zahl der ausgeschiedenen Genossen mitzuzählen, als auch in dem zu veröffentlichenden Schlußbestande der Mitglieder aufzuführen. Denn wenn das Gesetz im § 33 Abs. 2 die Veröffentlichung der

Zahl der am Jahresschlusse der Genossenschaft angehörigen Genossen vorschreibt, so kann kein Zweifel daran sein, daß unter dem Bestande der Mitglieder alle diejenigen Genossen mit aufzuführen sind, die am letzten Tage des Geschäftsjahrs der Genossenschaft noch angehören, wenn sie selbst mit dem Ablaufe dieses Tages auch ausscheiden. Im Falle des Todes eines Genossen gilt dieser nun aber nach § 77 erst mit dem Schlusse des Geschäftsjahrs, in welchem der Tod erfolgt ist, als ausgeschieden. OLG. **5** 280 (KG.), CBlFrG. **2** 399.

Dagegen **RG. 56** 429: Bei Veröffentlichung des Bestandes der Mitglieder, die am Jahresschlusse der Genossenschaft angehören, sind selbst diejenigen Mitglieder nicht mit aufzuzählen, deren Ausscheiden erst „zum Schlusse" oder „mit dem Schlusse" (§ 77) des Geschäftsjahrs erfolgt.

Dagegen auch Rönnberg, Handelsrechtliche Rechtsprechung **3** 348 zu b.

4. Dem Amtsgericht als Handelsregisterbehörde liegt es ob, die Befolgung der Vorschriften über eine ausreichende Bilanzaufstellung und -Veröffentlichung in Gemäßheit von § 33 Abs. 2 zu überwachen. Die eingetragene Genossenschaft hat mit Rücksicht auf ihre Kaufmannseigenschaft hinsichtlich des Inhalts der Jahresbilanz die §§ 39, 40 HGB. zu beachten. Es bedarf nicht einer Vakat-Angabe hinsichtlich gewöhnlich vorhandener Werte, um den gesetzlichen Erfordernissen zu genügen. KGJ. **20** A 63, **23** D 23, OLG. **8** 261. S. o. Nr. 1.

5. S. § 7 Nr. 6.

6. S. § 147 Nr. 1.

**§ 34.** 1. OLG. **8** 262 (Posen): Kontrollpflicht der Mitglieder des Vorstandes einer eingetragenen Genossenschaft und Haftung aus § 34 Abs. 2 GenG. Es besteht keine abstrakte Haftung sämtlicher Vorstandsmitglieder gegenüber den durch Pflichtversäumnis einzelner Vorstandsmitglieder geschädigten Genossen, wie auch die Haftung der Genossenschaft gegenüber nur die pflichtsäumigen Vorstandsmitglieder trifft (§ 34 Abs. 2 GenG.). Aber das bloße Nichtwissen von Pflichtverletzungen einzelner Vorstandsmitglieder entlastet die anderen dann nicht, wenn sie eine ihnen obliegende Mitwirkung, insbesondere Kontrolle, unterlassen haben.

2. Der Ersatzanspruch erzeugt ein Gesamtschuldverhältnis zwischen den Schadensersatzpflichtigen. Vergleichsweise von einzelnen Ersatzpflichtigen (zu ihrer Befreiung) gezahlte Teilbeträge eines größeren Schadensanspruchs gelten ohne getroffene und akzeptierte Anrechnungsbestimmung zugunsten der nicht zahlenden Mitverpflichteten nicht auf nicht verjährte Teilansprüche geleistet. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 121, ZAktWes. **10** 283. S. auch § 48 Nr. 1.

3. Wenn ein Wechsel namens einer Genossenschaft quittiert wird, so sind für die Verwendung der Stempelmarke nicht sämtliche Mitglieder des Vorstandes der Genossenschaft, sondern nur diejenigen verantwortlich, welche sich an der Wechselerklärung beteiligt haben. **RG.** Straff. **24** 226.

4. Vom 1. Oktober 1889 ab unterliegt ein Anspruch aus § 34 des Gesetzes der Verjährungsvorschrift dieses Gesetzes. Im allgemeinen ist diese, nur die Frist der Verjährung festsetzende Vorschrift hinsichtlich anderer Fragen der Verjährung aus dem sonst geltenden Rechte zu ergänzen. Diese Ergänzung darf jedoch nicht so weit gehen, daß sie mit dem wesentlichen Zwecke der Vorschrift, die verantwortlichen Personen nicht in zu langer Schwebe vor der Besorgnis einer Verfolgung zu lassen, in Widerspruch tritt. **RG.** JW. **00** 758 (31).

5. Haben es Vorstandsmitglieder pflichtwidrig unterlassen, Forderungen der Genossenschaft einzuziehen, so beginnt mit Rücksicht auf diese bis zur Beendigung ihres Amtes fortbestehenbleibende Pflicht der Lauf der Verjährung nach Abs. 4 nicht früher als mit Beendigung des Amtes. **RG.** JW. **03** 384.

6. Der Vorstand einer Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht hatte gemäß einem Generalversammlungsbeschluß aus dem Reservefonds Gewinn ver-

teilt, wiewohl ein solcher nicht vorhanden. Nachdem die Genossenschaft in Konkurs geraten war, klagte der Konkursverwalter gegen die Vorstandsmitglieder wegen Verletzung ihrer Pflichten. Die Klage ist abgewiesen. Eine Ersatzpflicht kann aus dem Rechte der Genossenschaft nicht hergeleitet werden, da der Vorstand dem Willen der Genossenschaft gemäß, nämlich auf Grund des Generalversammlungsbeschlusses, gehandelt hat. Desgleichen kann aus dem Rechte der Gläubiger vom Verwalter nicht geklagt werden, da diese nur in den Fällen der §§ 90, 142 GenG. ein unmittelbares Klagerecht gegen den Vorstand haben. **RG.** DJZ. **00** 396 und JW. **00** 474, Holdheims MSchr. **9** 189, R. **00** 467. Stellte sich die Extrahierung des Generalversammlungsbeschlusses als ein den Vorstand zum Schadensersatze verpflichtender Akt dar, so wäre die Klage aus dem Rechte der Genossenschaft begründbar gewesen. S. § 90 Nr. 2.

**§ 38.** 1. Die Aufsichtsräte haften wegen Vernachlässigung ihrer Aufsichts- und Kontrollpflichten an sich nur der Genossenschaft kontraktlich, nicht aber in jedem Falle auch außerkontraktlich einem Dritten oder einem Genossen. Ein zum Schadensersatze verpflichtendes außerkontraktliches Verschulden setzt eine Rechtspflicht gegenüber dem Dritten voraus, die durch schuldhaft fahrlässiges Verhalten verletzt wird. Ein solches Verschulden liegt nicht darin, daß Dritte durch die unrichtigen, der Generalversammlung vorgelegten statutenmäßig veröffentlichten Berichte des Aufsichtsrats zum Eintritt in die Genossenschaft bestimmt werden. Für Begründung einer Schadensersatzpflicht wäre ein arglistiges Verhalten oder grobes Verschulden erforderlich. OLG. Karlsruhe, DJZ. **00** 304 Nr. 11, Parisius u. Crüger 228; **RG.** JW. **00** 668 (26), BadRpr. **00** 310.

2. S. § 33 Nr. 1.

3. S. § 147 Nr. 1.

**§ 40.** KGJ. **19** 27: Wenn im § 40 dem Aufsichtsrate nur das Recht zur vorläufigen Enthebung des Vorstandes beigelegt worden ist, während über die endgültige Enthebung lediglich die Generalversammlung zu bestimmen haben soll, so ist ein statutarischer Beschluß, wonach der Aufsichtsrat den Vorstand endgültig seines Amtes entheben könne, hinfällig. Der Registerrichter hat von Amts wegen zu prüfen, ob eine gesetzmäßige Beendigung der Vertretungsmacht von Vorstandsmitgliedern vorliegt.

**§ 41.** S. o. § 38 Nr. 1.

**§ 42.** 1. KG., OLG. **2** 338 ff., R. **01** 318 (1284): Allgemein anerkannt ist, daß die Befugnisse des Vorstandes innerhalb der durch § 42 des Genossenschaftsgesetzes gegebenen Grenzen auf einen der nur kollektiv vertretungsberechtigten Vorstandsmitglieder übertragen werden können. (Parisius u. Crüger 178 ff. Anm. 4 zu § 42). Jedoch muß in derartigen Fällen der Ermächtigte nach außen hin nicht als Vorstandsmitglied, sondern unter Hinweis auf die Vollmacht handeln. Eine derartige Bevollmächtigung ist in solchen Fällen nicht möglich, wo der Vorstand nur aus zwei Mitgliedern besteht. Denn zu der Bevollmächtigung würde kollektives Handeln notwendig sein. Ebensowenig ist aber bei einer größeren Anzahl von Vorstandsmitgliedern zulässig, daß etwa der Bevollmächtigte eines der beiden Vorstandsmitglieder wäre, welches für die Ermächtigung stimmte. Vgl. auch KGJ. **21** A 106 ff S. § 25 Nr. 1.

2. Es ist selbstverständlich, daß der Notar, der selbst Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrats ist, nicht seine eigene Erklärung beurkunden kann. Dagegen ist er nicht behindert, die Erklärung der anderen Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrats zu beurkunden, wenn diese statutenmäßig ohne seine Mitwirkung befugt sind, die Genossenschaft zu vertreten. Noch weniger Grund, dem Notar diese Mitwirkung zu versagen, liegt vor, wenn der Notar nicht Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrats, sondern lediglich Genosse ist. R. A. Magen-

dantz, JW. **01** 570 ff., der im einzelnen die Frage behandelt, inwieweit der Notar, der Genosse ist, Notariatsakte für die Genossenschaft aufnehmen kann. S. § 157 GenGesetz, §§ 129, 147 FrGG., Parisius u. Crüger Note 1 zu § 42.

**§ 43.** 1. Die Gültigkeit der Beschlüsse der Generalversammlung ist davon abhängig, daß die letztere ordnungsmäßig berufen war und die Beschlüsse auf der Tagesordnung standen. Die letztgedachten Mängel sind nach Ablauf der Anfechtungsfrist aus § 51 nicht mehr beachtlich. Die erstgedachten Mängel werden durch den Ablauf der Monatsfrist nur insoweit geheilt, als sie der Generalversammlung nicht den Charakter einer solchen genommen haben. In erstgedachter Hinsicht wäre z. B. die Ankündigung „Beschlußfassung über die Wahl des Direktors" nicht genügend, wenn es sich darum handelt, bei vorläufiger Enthebung eines Vorstandsmitglieds von den Geschäften durch den Aufsichtsrat die Generalversammlung behufs definitiver Entscheidung über die Enthebung einzuberufen. RG. JW. **01** 659 Nr. 26.

2. S. § 8 Nr. 1.

**§ 45.** S. § 42 Nr. 1.

**§ 46.** S. § 43 Nr. 1.

**§ 48.** 1. Die von der Generalversammlung dem Vorstand und Aufsichtsrat erteilte Entlastung erstreckt sich nur auf die aus den ihr gemachten Vorlagen erkennbaren Pflichtverletzungen. OLG. Karlsruhe und RG. BadRpr. **03** 122, R. **03** 319 (1775), ZAktWes. **10** 283. S. § 34 Nr. 2.

Dagegen Simon 20 ff. mit Literatur (Unvollständigkeit der Vorlagen soll nicht genügen; es müsse Irreführung durch die Vorlagen gewollt und möglich sein).

2. S. § 33 Nr. 1.

3. S. § 147 Nr. 1.

**§ 51.** 1. Es bedarf einer besonderen Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse nicht, wenn dieselben Gegenstände behandeln, die völlig außerhalb des Verfügungskreises der Genossenschaft liegen. Ein gesetz- oder statutenwidriger Generalversammlungsbeschluß kann nur insoweit wirksam werden, als es sich um dispositive, dem Verfügungsrechte der Versammlung unterliegende Gegenstände handelt, nicht aber Beschlüsse, die gegen das öffentliche Recht verstoßen oder Sonderrechte der Beteiligten verletzen. RG. JW. **01** 83 Nr. 14. Vgl. RG. **36** 136, **37** 64, 65, Holdheims MSchr. **10** 80. S. § 73 Nr. 3.

2. Ist einem Genossen in der Generalversammlung zu Unrecht das Stimmrecht entzogen worden, so können alle in dieser Generalversammlung ohne Mitwirkung jenes Mitglieds gefaßten Beschlüsse für unwirksam und unverbindlich erklärt werden. RG. ZAktWes. **10** 177, R. **03** 268 (1510), Holdheims MSchr. **12** 99.

3. Ein auf der zu § 23 besprochenen Statutbestimmung beruhender Generalversammlungsbeschluß bedarf nicht der Anfechtung nach § 51 Gen.Ges. Er ist nichtig. OLG. Frankfurt a. M., R. **03** 23 (139). S. § 7 Nr. 2 u. § 23.

4. Insbesondere können Generalversammlungsbeschlüsse, die das Sonderrecht (Beschlüsse, welche in das besondere, der genossenschaftlichen Bindung nicht unterworfene Recht der einzelnen Mitglieder eingreifen) eines Genossen verletzen, jederzeit und ohne Beobachtung der im § 51 vorgesehenen Formen angefochten werden. RG. **47** 146.

5. Der Genosse kann auch ein Sonderrecht durch eine den Formen des § 51 entsprechende Klage gegen die durch Vorstand und Aufsichtsrat vertretene Genossenschaft verfolgen (Parisius u. Crüger Anm. 3 zu § 49). Er kann dem Aufsichtsrate gegenüber nicht abgewiesen werden. OLG. **6** 193 (Naumburg). S. § 65 Nr. 5.

6. Das Mitgliedsrecht ist kein Sonderrecht. Die Ausschließung aus der Genossenschaft kann daher nur innerhalb der im § 51 vorgeschriebenen Schranken durch Klage angefochten werden. **RG.** JW. **01** 829, OLG. **4** 480 (Naumburg), NaumbAK. **02** 42.

7. Der ausgeschlossene Genosse ist befugt, seine Ausschließung im Rechtsweg anzufechten (ROHG. **23** 382). Wenn das Statut die Ausschließungsbefugnis der Generalversammlung zuweist, so ist die Klage gegen deren Beschluß nicht an die Voraussetzung des § 51 gebunden, wonach der erschienene Genosse seinen Widerspruch zu Protokoll erklären muß. Es handelt sich hierbei um ein persönliches Mitgliedschaftsrecht und nicht um ein Individualrecht, wie es der § 51 im Sinne hat (Parisius u. Crüger (3) 304). Der Ausschließungsbeschluß muß erkennen lassen, auf Grund welcher Tatsachen der Ausschluß geschehen ist. Das Recht der Nachprüfung des Verfahrens durch das Gericht ist in gleicher Weise beschränkt, wie bei den mit Autonomie ausgestatteten Vereinen des BGB. OLG. **6** 498 (Dresden). Die Statutenbestimmung, daß für den Fall „eines Streites zwischen dem Verein und einem seiner Mitglieder" ein Schiedsgericht zu entscheiden habe, trifft nicht den Fall, wo das Mitglied den vom Vorstande mit Genehmigung des Aufsichtsrats gefaßten Ausschließungsbeschluß anficht. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **01** 70.

8. Eine Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses, durch den ein Genosse ausgeschlossen wird, ist binnen Monatsfrist zu erheben. OLG. Celle, SeuffA. **55** 76.

9. Die Frist von einem Monat rechnet von dem Tage des Beschlusses. OLG. Celle, SeuffA. **55** 76.

10. Ein Widerspruch kann wirksam schon vor der Beschlußfassung erklärt werden. **RG.** **53** 292, JW. **03** 104, woselbst auch Literatur. Vgl. **RG.** **20** 141, **22** 161, **30** 51, **36** 24; Bolze **12** 510 (für § 271 HGB.).

11. Die Beurkundung des erklärten Widerspruchs ist kein gesetzliches Erfordernis. Der Genosse braucht auch nicht förmlich zu erklären, er erhebe seinen Widerspruch zu Protokoll, oder in anderer Weise die Beurkundung ausdrücklich zu verlangen. Es genügt, daß der Genosse seine Erklärung der Generalversammlung gegenüber — als Rechtsverwahrung — und in so deutlicher Weise abgibt, daß ein gewissenhafter Protokollführer sich kraft seines Amtes verpflichtet fühlen muß, die Erklärung in das Protokoll aufzunehmen. **RG.** **53** 293, JW. **03** 104; DJZ. **03** 389.

**§ 58.** Der Vorstand eines für die Revision eingetragener Genossenschaften bestehenden, staatlich anerkannten Verbandes braucht nicht alljährlich jedem Registergericht, in dessen Bezirk eine oder mehrere dem Verband angehörige Genossenschaften seßhaft sind, ein Verzeichnis sämtlicher Genossenschaften des Verbandes einzureichen; vielmehr genügt die Einreichung eines Verzeichnisses derjenigen Genossenschaften des Verbandes, welche in dem Bezirke des betreffenden Registergerichts ihren Sitz haben. KGJ. **22** A 117; auch CBlFrG. **2** 215, RJA. **2** 124, OLG. **3** 70, ThürBl. **49** 85.

**§ 63.** 1. Bei Genossenschaften, die einem Revisionsverband angehören, ist zwar der Vorstand dafür verantwortlich, daß die von ihm eingereichte Bescheinigung auch tatsächlich von dem vom Verbande bestellten Revisor ausgestellt ist (vgl. § 147). In eine diesbezügliche Prüfung hat jedoch der Richter nicht einzutreten. RJA. **2** 181 (KG.), CBlFrG. **3** 386; auch ThürBl. **49** 131, OLG. **4** 3.

2. Abs. 2. Bei Genossenschaften, welche einem Revisionsverband angehören, kann das Registergericht außer der Bescheinigung des Revisors, daß die Revision stattgefunden hat, nicht noch eine Legitimation des Revisors verlangen; die Verantwortung hierfür trägt lediglich der Vorstand. KG. CBlFrG. **2** 386.

**§ 65.** 1. Die Aufkündigung der Mitgliedschaft hat in schriftlicher Form zu erfolgen. Eine solche in gehöriger Form erklärte Kündigung eines Genossen kann nicht durch spätere nur mündliche Vereinbarung zwischen diesem und der Genossenschaft zurückgenommen werden. Dies kann vielmehr nur in der Weise geschehen, daß entweder die schriftliche Kündigungserklärung dem Genossen von der Genossenschaft zurückgegeben oder kassiert wird oder, falls sie in der Hand der Genossenschaft verbleibt, der Genosse die Kündigung schriftlich zurücknimmt und die Genossenschaft ihre Zustimmung zu dieser Zurücknahme ausdrücklich zu erkennen gibt, sei es durch eine an den Genossen gerichtete schriftliche Genehmigungserklärung, sei es durch Überreichung der Zurücknahmeerklärung an den Registerrichter. Letzterer Weg wird namentlich dann einzuschlagen sein, wenn dem Registerrichter die Kündigung des Genossen behufs dessen Löschung in der Liste der Genossen bereits vorgelegt war. **RG.** SeuffA. **57** 285, Holdheims MSchr. **10** 291, ZBlFrG. **3** 250; **RG. 49** 29.

2. Ein Genosse kann ohne Angabe des Zeitpunkts, für welchen aufgekündigt wird, kündigen (**RG. 28** 43). Der Registerrichter hat die Rechtzeitigkeit der Kündigung nicht nachzuprüfen, sondern nur, ob die Kündigung des Genossen und die Erklärung des Vorstandes, die Aufkündigung sei rechtzeitig erfolgt, vorliegt (§ 161 GenG. und § 31 Nr. 1 Bekanntmachung des Reichskanzlers). KG. OLG. **4** 309, KGJ. **23** A 112, ZBlFrG. **2** 846, 950.

3. Ist das Ausscheiden eines Mitglieds einer Genossenschaft registriert worden, so wird die Löschung dieser Eintragung nicht schon durch die Unzulänglichkeit der zum Zwecke der Eintragung vom Genossenschaftsvorstand überreichten urkundlichen Belege, sondern nur dadurch gerechtfertigt, daß die eingetragene Tatsache des Ausgeschiedenseins unrichtig ist. — Der Genosse kann seinen Austritt aus der Genossenschaft mittels Aufkündigung auch durch einen Bevollmächtigten erklären. Nur die Aufkündigung, nicht auch die Vollmacht zu ihr bedarf nach dem Gesetze der Schriftform. KGJ. **27** A 67.

4. **RG. 42** 79 ff., SeuffA. **55** 75. Ein Genossenschaftsbeschluß, nach welchem der ausscheidende Genosse ein Austrittsgeld (**RG. 33** 65) oder einen Beitrag behufs Bildung eines Amortisationsfonds zur Deckung künftiger Ausfälle zu zahlen hat, ist ungültig. S. o. Nr. 5.

5. Die Molkerei X., eingetragene Genossenschaft m. b. H., hatte 25000 M. Hypothekenschulden und beschloß, als 25 Genossen ihren Austritt zum Schlusse des Geschäftsjahrs 1902 erklärten, in der ausgesprochenen Absicht, die Ausscheidenden zur Tilgung dieser Schuld heranzuziehen, im März 1902, daß die Abzahlung des Schuldkapitals in Höhe von 50 M. pro Geschäftsanteil ohne Rückzahlung erfolgen solle.

Der Beschluß ist anfechtbar. Ein derartiges Umlageverfahren widerspricht dem Gesetze. Wird durch den angefochtenen Beschluß die Rückzahlung der einzuschießenden 50 M. pro Geschäftsanteil ausgeschlossen, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Beschluß nicht eine Erhöhung des Geschäftsanteils bezweckt, sondern eine unzulässige Auflage, welche schließlich auf eine Bestrafung der ausscheidenden Genossen hinausläuft, indem sie an das Ausscheiden den Verlust der ausgeschriebenen Zubuße knüpft. Die Auferlegung eines solchen Austrittsgeldes wird allseitig in Theorie und Praxis als unstatthaft bezeichnet. OLG. **6** 193 (Naumburg). Vgl. Parisius-Crüger (3) 7, 297, 317, Maurer § 19 Anm. 9, § 71 Anm. 5, 51 Nr. 5, 65 Nr. 4.

**§ 68.** 1. Wird der zum Zwecke der Ausschließung eines Mitglieds berufenen Generalversammlung ein bestimmter Tatbestand zur Begründung des Ausschlusses eines Genossen unterbreitet, und wird darauf Nichtausschließung

beschlossen, so wird dadurch von dem zuständigen Organ in rechtsverbindlicher Weise erklärt, daß er trotz des betr. Vorkommnisses das Recht habe, Mitglied zu bleiben. Von dieser Erklärung kann die Genossenschaft nicht einseitig wieder zurücktreten. RG. JW. **02** 259 (28), DJZ. **02** 241; vgl. hierzu Staub, DJZ. **03** 19.

2. Abs. 2. Die Entscheidung über die Ausschließung eines Genossen kann durch Statut einem Schiedsgericht überwiesen sein; keineswegs ist zur Ausschließung die Mitwirkung von Vorstand oder Aufsichtsrat oder Generalversammlung erforderlich. LG. Hamburg, HansGerZ. **01** Beibl. 298.

3. Zulässig ist, daß beim Vorliegen gewisser Gründe das Schiedsgericht und beim Vorliegen anderer Gründe andere Organe der Genossenschaft entscheiden. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 55.

**§ 69.** 1. S. § 89 Nr. 2.

2. Abs. 2. Das Gericht hat zu prüfen, ob der Ausschließungsbeschluß von den durch das Statut berufenen Organen in gehöriger Weise gefaßt ist. Demgemäß hat der Vorstand das den Ausschließungsbeschluß enthaltende Protokoll so vollständig einzureichen, daß die Gültigkeit des Protokolls nach Gesetz und Statut festgestellt werden kann. Die Formalien der Protokolle, namentlich die üblicherweise an die Spitze derselben zu stellenden Angaben über die in der Sitzung erschienenen Personen, sowie die Unterschrift beziehen sich auf sämtliche in der Sitzung gefaßten Beschlüsse. Sie sind deshalb als integrierender Teil jedes einzelnen Beschlusses anzusehen. Deshalb muß die Abschrift eines einzelnen Beschlusses, wenn eine solche dem Gericht einzureichen ist, auch diese Formalien wiedergeben. KG., CBlFrG. **1** 512, OLG. **1** 395.

**§ 73.** 1. Die Bestimmung des § 73, daß die Auseinandersetzung der Genossenschaft mit einem ausscheidenden Genossen auf Grund der Bilanz erfolgen soll, kann nur auf die im Gesetze vorgesehene Bilanz, nicht auf eine zwecks Auseinandersetzung mit einem ausscheidenden Genossen statutenmäßig festgesetzte Sonderbilanz bezogen werden. OLG. **2** 487 (Kiel).

2. Eine Beanstandung der in der Generalversammlung genehmigten Bilanz steht ausgeschiedenen Genossenschaftern nur zu, wenn die Einstellung bestimmter Posten in die Bilanz nach kaufmännischen Grundsätzen als offenbar irrtümlich und einem Rechnungsfehler gleich zu erachten ist. RG. JW. **01** 24.

3. Abs. 2. (§ 105.) Ausgenommen die Fälle der §§ 73 Abs. 2 u. § 105 GenG. können die Genossen zu anderen Geldleistungen als zu Einzahlungen auf den Geschäftsanteil oder den erhöhten Geschäftsanteil nicht angehalten werden. Dahingehende Beschlüsse der Generalversammlung sind nichtig. RG. JW. **01** 83 Nr. 14. S. § 51 Nr. 1.

**§ 76.** BayrObLG. München, KGJ. **21** D 15 ff.: Wenn das Genossenschaftsgesetz im § 76 zum Austritt eines Genossen aus der Genossenschaft mittels Übertragung des Geschäftsguthabens eine schriftliche Übereinkunft zwischen dem bisherigen Genossen und dem an seiner Stelle unter Übernahme des Geschäftsguthabens eintretenden Genossen fordert, so reicht zu dem Nachweise dieser Übereinkunft nicht aus, daß der ausscheidende Genosse einseitig in einer Erklärung die Übertragung des Geschäftsguthabens auf den Erwerber erklärt und letzterer in einer besonderen Urkunde nur seinen Beitritt zu der Genossenschaft erklärt. Der Wille des Beitretenden, das Geschäftsguthaben zu übernehmen, hat damit keinen schriftlichen ausreichenden Ausdruck im Sinne der zitierten Vorschrift gefunden. Denn eine schriftliche Übereinkunft setzt ihrem Begriffe nach voraus, daß die beiden Willenserklärungen, aus denen sie besteht, schriftlich niedergelegt werden. Die Geschäftsguthabensübertragung in einer hinsichtlich ihres Inhalts nicht schriftlich angenommenen Erklärung ist zweifellos nur eine einseitige Erklärung des alten Genossen. Die

Beitrittserklärung des neuen Genossen unterscheidet sich andererseits in keiner Weise von der Beitrittserklärung, die er hätte abgeben müssen, wenn er ohne Übernahme des Geschäftsguthabens Genosse geworden wäre. Aus ihrem Inhalt ist also nicht zu entnehmen, daß er unter Übernahme des Geschäftsguthabens Genosse werden wolle. Die Erklärung läßt insbesondere auch nicht entnehmen, daß der Beitritt mit Rücksicht auf die Übertragung erfolgt sei. Die Vorschrift des § 126 Abs. 2 BGB. kommt nicht zur Anwendung (**RG. 45** 139).

**§ 77.** S. § 33 Nr. 3.

**§ 82.** Hoffmann, CBlFrG. **1** 897: Kann der Registerrichter die Löschung einer tatsächlich aufgelösten Genossenschaft herbeiführen? Der Verf. führt aus, daß das Genossenschaftsgesetz dem Registerrichter keine Handhabe bietet eine Genossenschaft, die tatsächlich nicht mehr besteht, unter allen Umständen auch rechtlich zu beseitigen und das Register mit der Wirklichkeit in Übereinstimmung zu bringen; er schlägt eine Änderung des Genossenschaftsgesetzes unter analoger Anwendung des § 31 Abs. 2 Satz 2 HGB., § 141 FrGG., §§ 82 ff. GenG. vor.

**§ 88.** 1. Die Vertretungsberechtigung der Liquidatoren wird durch § 88 nicht nur im Verhältnisse zur Genossenschaft, sondern auch mit Wirkung Dritten gegenüber beschränkt. — Die Liquidatoren sind befugt, Rechte aus einem vor der Auflösung begründeten pactum de vendendo bzw. aus einer früheren Offerte geltend zu machen. **RG.** SeuffA. **55** 199.

2. Die Liquidatoren einer aufgelösten Genossenschaft treten an die Stelle des Vorstandes, haben also wie der Vorstand die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns zu betätigen. **RG. 48** 35, JW. **00** 315 (Nr. 14).

**§ 89.** 1. Ist bei Ernennung der Liquidatoren über ihre Vergütung nichts bestimmt, so haben dieselben Anspruch auf angemessene Vergütung. Keineswegs können dieselben nur dann Vergütung verlangen, wenn solche durch Beschluß der Generalversammlung festgesetzt ist. OLG. Darmstadt, HessRspr. **1** 161.

2. Im § 89 GenG. bedeutet „Jahr" das Kalenderjahr (**RG.** Strafs. **35** 137, **RG.** JW. **03** 143). Wo das Gesetz die Geschäftsperiode meint, spricht es ausdrücklich vom Geschäftsjahr (§§ 8 Abs. 1 Nr. 3, 12 Abs. 2 Nr. 6, 69).

**§ 90.** 1. Für die noch ungetilgten Schulden ist eine solche Deckung zurückzubehalten, welche nach dem sorgfältigen Ermessen eines ordentlichen Kaufmanns die Befriedigung des Gläubigers sicherstellt, nicht aber eine solche Sicherheit, daß bei ihrer Realisierung ein Ausfall für den Gläubiger niemals und unter keinen Umständen eintreten kann. **RG.** JW. **00** 315 Nr. 14; **RG. 48** 33, Holdheims MSchr. **9** 151.

2. Nur in zwei Fällen räumt das Gesetz den Gläubigern einen direkten Anspruch ein. Einmal im § 90 gegen Liquidatoren und Aufsichtsratsmitglieder, wenn die Verteilung des Vermögens vor Tilgung oder Deckung der Schulden oder vor Ablauf des Sperrjahrs erfolgt ist. Andererseits in dem nur die Genossenschaft m. b. H. betr. § 142 gegen Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrats oder gegen Liquidatoren, wenn entgegen den Vorschriften der §§ 19 u. 22 der Gewinn oder das Geschäftsguthaben ausgezahlt wird. **RG.** JW. **00** 474 (18), DJZ. **00** 396 (57), Holdheims MSchr. **9** 189. S. § 34 Nr. 6.

**§§ 94—97.** S. §§ 7 Nr. 2 u. 160 Nr. 1.

**§§ 98 ff.** S. §§ 23 u. 51 Nr. 3.

**§ 99.** 1. Ein Generalversammlungsbeschluß ist wirksam, auch wenn die Genossenschaft zur Zeit des Beschlusses zahlungsunfähig war und deshalb der Vorstand die Konkurseröffnung hätte beantragen müssen. OLG. **1** 64 (Stettin).

2. Aus dem Umstande, daß die Genossenschaft zahlungsunfähig ist, folgt nicht, daß sie nicht rechtlich weiter besteht und wirksame Beschlüsse fassen kann. **RG.** JW. **01** 62.

**§ 104.** 1. Die Fragen, ob der Konkursverwalter, um die Kasse zu entlasten, dem Vorstand und den Aufsichtsratmitgliedern kündigen darf und welche Rechte den von der Generalversammlung beibehaltenen, vom Konkursverwalter mit der Kündigung bedachten Mitgliedern zustehen, sind ausführlich erörtert von Kleinfeller, DJZ. **03** 23 ff. Er kommt zu dem Ergebnisse des nachfolgenden Urteils.

2. Das Recht, das Vertragsverhältnis zu den Vorstandsmitgliedern fortzusetzen, abzuändern oder zu beendigen, ist ein Teil des Rechtes, die Konkursmasse zu verwalten und über sie zu verfügen. Diese Befugnis fällt nach § 6 KO. uneingeschränkt dem Verwalter zu. Den durch die etwa vertragswidrige Aufhebung des Dienstverhältnisses entstandenen Schaden können die Entlassenen nur als Konkursforderung geltend machen. OLG. **6** 500 (KG.).

**§ 105.** S. zu § 73 Nr. 3.

**§ 106.** Das Mitglied A. war vor Einleitung des Vorschußberechnungsverfahrens bereits gestorben. Dem Beschlusse des Konkursgerichts, der die Berechnung für vorläufig vollstreckbar erklärte, war die Vollstreckungsklausel erteilt. — Der Beschluß kann nur so beseitigt werden, daß A.s Erben gemäß § 767 ZPO. klagen und dadurch erreichen, daß die Zwangsversteigerung daraus für unzulässig erklärt wird. Das Verfahren gegen A.s Erben wegen ihrer Vorschußpflicht muß aufs neue eröffnet werden. LG. Darmstadt, HessRpr. **2** 181.

**§ 107.** S. § 111 Nr. 3.

**§ 108.** Das Amtsgericht hatte die Vollstreckbarkeitserklärung der vom Konkursverwalter eingereichten Vorschußberechnung bezüglich einzelner Genossen abgelehnt, im übrigen die Vollstreckbarkeitserklärung erteilt. Diese Form der Entscheidung entspricht nicht dem § 108 Abs. 2 GenG., wonach die Berechnung, soweit erforderlich, berichtigt werden soll. Die Entscheidung des Amtsgerichts kann weder vom Verwalter im Wege der Klage, noch von den Genossen, gegen die die Vollstreckbarkeitserklärung gerichtet ist, im Beschwerdewege, noch im Wege der Klage gegen den Verwalter angefochten werden. OLG. Hamburg, R. **01** 181.

**§ 109.** Der Konkursverwalter einer Genossenschaft m. b. H. ist nicht befugt, den Vorschußbeitrag, den ein Genosse auf Grund der für vollstreckbar erklärten Vorschußberechnung zu zahlen hat, an einen Dritten abzutreten. OLG. **1** 307 (KG.), R. **01** 17, NaumbAK. **00** 96.

**§ 111.** 1. Auch dann, wenn der Anfechtungsgrund in Bestreitung der Mitgliedschaft beruht, ist die Anfechtungsklage für denjenigen, welcher in der Liste der Genossen eingetragen ist, der einzige Rechtsbehelf, mit welchem der Anfechtende seinen Anspruch zur Geltung bringen kann. RG. JW. **00** 567 N. 9, Gruchots Beitr. **47** 1042, SächsA. **10** 44, Holdheims MSchr. **9** 286; gegen OLG. **1** 58 (Hamburg).

2. Wenn im § 111 jeder Genosse für befugt erklärt wird, die für vollstreckbar erklärte Berechnung anzufechten, so kann sich das nur beziehen auf den gegen den Anfechtenden für vollstreckbar erklärten Teil der Berechnung, nicht auf den einen anderen Genossen betreffenden Teil der Entscheidung, bezüglich dessen eine Vollstreckbarkeitserklärung vom Amtsgericht abgelehnt ist. OLG. Hamburg, HansGerZ. **01** Beibl. 171.

3. Personen, die erst nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Genossenschaft in die Liste der Genossen eingetragen sind, können die Vorschußberechnung des Konkursverwalters nach § 111 anfechten. Rechtsunkenntnis kann die Unterlassung dieses Rechtsbehelfs in dem gemäß § 107 anberaumten Termin entschuldigen. RG. **50** 127, Holdheims MSchr. **11** 82, DJZ. **02** 201, R. **02** 132, CBlFrG. **2** 339.

**§ 119.** S. § 134 Nr. 4.

**§ 121.** Ist bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 121 ein Generalversammlungsbeschluß auf Nichtauflösung und Sanierungsmaßregeln ergangen, so ist dieser Beschluß durch ausgeschiedene Genossen nicht mit der Motivierung anfechtbar, daß die Mitglieder des Vorstandes durch Nichtstellung des Antrags auf Konkurseröffnung dem § 148 Nr. 2 zuwider gehandelt hätten. RG. JW. **01** 62.

**§§ 125, 128, 141.** Die Haftpflicht der ausgeschiedenen Genossen ist im Falle des Konkurses nicht mit dem Ausscheiden erloschen, sondern bleibt in verschiedenem Maße über diesen Zeitpunkt hinaus bestehen. RG. **56** 427.

**§ 126.** S. § 134 Nr. 4.

**§ 128.** S. § 125.

**§ 134.** 1. Statutarisch kann ein Zwang zur Erwerbung von verlorenen Geschäftsanteilen nicht begründet werden. Die gegenteilige Ansicht widerspricht dem Wortlaute wie der Absicht des Gesetzes. In letzterer Beziehung muß dem Genossen bei seinem Eintritte der Umfang seiner Haftung erkennbar und feststellbar sein. Sofern man aber solche statutarische Pflicht als zulässig ansehen würde, müßte jedenfalls genau im Statut angegeben sein, unter welchen Voraussetzungen der Genosse zum Erwerbe weiterer Anteile gehalten ist. Es wäre nicht zulässig, daß der Genosse in dieser Beziehung der Willkür der Vereinsmehrheit überliefert ist. — Mit Rücksicht auf diesen Gesichtspunkt wurde die Revision zurückgewiesen. OLG. Dresden, SächsA. **11** 747, RG. SächsA. **11** 750.

2. Eine Klausel des Statuts, welche ganz allgemein bestimmt, daß die Geschäftsordnung die Verpflichtung zur Übernahme mehrerer Geschäftsanteile festsetzen könne, ohne irgendwelche Bedingungen für eine solche Festsetzung anzugeben, ist ungültig, ebenso wie darauf gestützte Bestimmungen der Geschäftsordnung. RG. JW. **01** 124, RG. **47** 146.

3. Die gleichzeitige Übernahme mehrerer Geschäftsanteile ist zulässig (a. M. Maurer-Birkenbihl, GenGes. Anm. 1 zu § 131). Für die gleichzeitige Übernahme werden diejenigen Vorbedingungen erfordert, welche das Gesetz für den Erwerb mehrerer Geschäftsanteile in den §§ 130, 131 a. F. (§§ 136, 137 n. F.) aufstellt. Die entgegen den Ordnungsvorschriften erfolgte Eintragung des Genossen auf mehrere Anteile verpflichtet ihn Dritten gegenüber. Die Eintragung ist konstitutiv. OLG. Marienwerder, PosMschr. **03** 64; OLG. **6** 195; SeuffA. **58** 357; CBlFrG. **3** 733. S. RG. **45** 106.

4. Kg., KGJ. **20** A 53 ff. Die gleichzeitige Beteiligung einer der Genossenschaft neu beitretenden Person auf mehrere Geschäftsanteile, sowie die gleichzeitige Beteiligung einer schon als Genossen eingetragenen Person auf mehrere weitere Geschäftsanteile ist zulässig, sofern die Versicherung abgegeben wird, daß sämtliche erworbene Geschäftsanteile mit Ausnahme des letzterworbenen voll eingezahlt sind (§§ 7 Ziff. 2, 15 Abs. 1—3, 119, 126, 135, 136, 137 Abs. 1). Bundesratsbekanntmachung betr. Führung des Genossenschaftsregisters vom 1. Juli 1899, § 30 Abs. 3.

5. Kein Genosse hat ein Recht auf Wiederherstellung eines früher einmal vorhanden gewesenen Beteiligungsverhältnisses. RG. JW. **01** 84 (16).

Läßt das Statut ganz allgemein den Erwerb mehrerer Geschäftsanteile zu, so haben die Mitglieder allerdings ein Recht auf entsprechende Zulassung zum Erwerbe. Parisius-Crüger (3) 424.

**§ 135.** S. § 134 Nr. 4.

**§ 136.** 1. Kuhr, PosMschr. **01** 172: Hat im Falle der Erhöhung des Geschäftsanteils bei einer Genossenschaft m. b. H. der Registerrichter hinsichtlich der mit mehreren Geschäftsanteilen beteiligten Genossen einen Nachweis dafür zu

verlangen, daß diese ihre Geschäftsanteile — außer dem letzten — auf den erhöhten Betrag eingezahlt oder durch Gutschrift gebracht haben, und welches Mittel hat der Registerrichter, diesen Nachweis zu erzwingen?

2. S. § 134 Nr. 4.

**§ 137.** Abs. 1. S. § 134 Nr. 4.

**§ 141.** S. § 125.

**§ 142.** S. § 34 Nr. 6 u. § 90 Nr. 2.

**§ 143.** Die Umwandlung der Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht in eine solche mit beschränkter Haftpflicht muß zwar vor der Bekanntmachung des § 82 Abs. 2 beschlossen sein, doch brauchen nicht zugleich mit dem Umwandlungsbeschlusse die sich daraus ergebenden Änderungen des Statuts festgesetzt zu werden. Insbesondere kann die Höhe des Geschäftsanteils und die Haftsumme weiterer Beschlußfassung vorbehalten werden. RJA. **1** 108 ff. (KG.), CBlFrG. **1** 341, KGJ. **20** A 271, R. **00** 437.

**§ 146.** 1. Es ist nicht erforderlich, daß das des Vergehens aus § 146 (§ 140 a. F.) beschuldigte Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrats der Genossenschaft bei der inkriminierten Handlung als Organ der Genossenschaft tätig geworden sei und diese Handlung in Ausübung der durch das Genossenschaftsstatut und das Gesetz ihm übertragenen Befugnisse vorgenommen habe. § 146 bedroht vielmehr ganz allgemein jene Personen mit Strafe, wenn sie absichtlich zum Nachteile der Genossenschaft handeln.

Das Gesetz erfordert nicht, daß das beschuldigte Vorstands- oder Aufsichtsratmitglied den Schaden der Genossenschaft bezweckt habe, sondern nur, daß seine Absicht diesen Erfolg umfaßt habe, und dies Tatbestandsmerkmal ist dann gegeben, wenn das Mitglied bei seiner Handlung sich dessen bewußt war, daß sie zum Nachteile der Genossenschaft gereichen werde. **RG.** Straff. **26** 136. Vgl. auch **RG.** R. **02** 514 (2446).

2. Der Tatbestand des im § 146 bezeichneten Delikts steht zu dem Vergehen der Unterschlagung und der Untreue nicht im Verhältnisse der Gesetzeskonkurrenz, sondern in dem der Idealkonkurrenz. **RG.** R. **02** 81 Nr. 408.

**§ 147.** (§§ 33, 38, 48.) 1. Die Vorstandsmitglieder sind nicht wegen Veröffentlichung objektiv falscher, sondern nur bei Veröffentlichung wissentlich falscher Bilanzen 2c. strafrechtlich verantwortlich. Der Begriff „Kassenbestand" setzt voraus, daß der unter dieser Rubrik verzeichnete Betrag tatsächlich in der Kasse ist. Ein der Genossenschaft zustehendes Forderungsrecht kann deshalb in Höhe seines Wertes nicht etwa darunter Aufnahme finden. **RG.** R. **02** 245 Nr. 1257.

2. S. § 63 Nr. 1.

**§ 148.** Nr. 2. 1. Die Mitglieder des Vorstandes sind wegen Unterlassung der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Konkursverfahrens nicht strafbar, wenn erst nach Auflösung der Genossenschaft und nach geschehener Bestellung von Liquidatoren aus der Liquidationsbilanz sich eine Überschuldung ergibt und erst ergeben konnte. **RG.** Straff. **25** 86.

2. S. § 121.

**§ 149.** Bei den Konsumvereinen im Sinne des § 1 ist nicht erforderlich, daß jede einzelne Handlung des Vorstandes an sich als ein auf einen gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb abzielender Akt sich darstellen muß, um nicht nach § 149 strafbar zu sein; es genügt, wenn die Handlung in dem Umfang und in dem Rahmen des gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs vorgenommen wird. OLG. Naumburg, DJZ. **03** 228.

**§ 156.** 1. Die Genossenschaft muß selbst ihre Eigenschaft als „kleinere" geltend machen. Der Registerrichter ist nicht verpflichtet, die betr. Prüfung von

Amts wegen vorzunehmen. Amtsgerichtsrat Schneider, DIZ. **02** 578 im Gegensatze zu dem Beschlusse des Kammergerichts vom 1. April 95 (IMBl. **96** 346) u. Parisius u. Crüger (3) 453. Vgl. auch KGJ. **23** B 42 (§ 159 Nr. 2) und IMBl. **02** 107 ff., R. **02** 299 (1520), DIZ. **02** 578 u. § 12 Nr. 1 u. 2.

2. S. § 16.

**§ 157.** S. § 10 Nr. 2 u. § 12 Nr. 3.

**§ 158.** S. § 159 Nr. 1.

**§ 159.** 1. § 159 ist durch die vom Reichskanzler bewirkte Neuredaktion des Gesetzes unverständlich geworden. Er entspricht wörtlich dem früheren § 151 und bestimmt u. a., daß Gebühren über die „im vorstehenden Paragraphen" bezeichneten Anträge nicht erhoben werden sollen. Der in Bezug genommene § 150 des alten Gesetzes handelte von Anträgen auf Eintragung in das Genossenschaftsregister und ist durch § 187 FrGG. aufgehoben, hätte aber aus formellen Gründen aufrechterhalten werden müssen. Jetzt geht dem § 159 der frühere § 149 als § 158 voran, in dem von „Anträgen" keine Rede ist. Jäntsch, DIZ. **00** 392.

2. Nach dem Wortlaut und der gesetzgeberischen Absicht des PrGKG. ist die Erstattungspflicht des Kostenschuldners (der Genossenschaft) für die Veröffentlichung nicht auf solche baren Auslagen der Staatskasse zu beschränken, welche durch eine den Gesetzen völlig entsprechende Erledigung des beantragten oder von Amts wegen betriebenen Geschäfts bedingt sind, sondern diese Ersatzverbindlichkeit muß auf alle der Staatskasse innerhalb eines beantragten oder von Amts wegen betriebenen Geschäfts tatsächlich erwachsenen Auslagen erstreckt werden. Es kommt also nicht darauf an, ob die Genossenschaft als „kleinere" anzusehen ist und also nur in einem Blatte bekannt zu machen war. KGJ. **23** B 42 (IMBl. **02** 107), R. **02** 299, DIZ. **02** 578. S. § 12 Nr. 1 u. 2 u. § 156 Nr. 1.

3. Aus § 159 folgt nicht die Stempelfreiheit der notariellen Beurkundung von Beschlüssen der Generalversammlung. Entsch. des Landgerichtspräsidenten der Provinz Starkenburg, HessRpr. **3** 13.

4. Spar- und Darlehnsvereine sind steuerpflichtig. Auch diejenigen Vereine, welche satzungsgemäß und tatsächlich ihren Verkehr auf ihre Mitglieder beschränken, unterliegen dann der Gewerbesteuerpflicht, wenn entweder der Gewinn unter die Mitglieder verteilt wird, oder eine Verteilung des aus dem Gewinn angesammelten Vermögens unter die Mitglieder für den Fall der Auflösung nicht ausgeschlossen ist. Auch durch die Vorschriften, betreffend Abänderung des Genossenschaftsgesetzes vom 12. August 1896, wird eine abweichende Auslegung des § 5 Abs. 1 GewerbesteuerG. nicht bedingt. PrOVG., DIZ. **01** 240 Nr. 46.

**§§ 160, 94—97.** 1. Nach dem neuen Genossenschaftsrecht kann Beseitigung eines wesentlichen Mangels der Statuten vom Registergericht nicht durch Ordnungsstrafen erzwungen, sondern nur Löschung der Genossenschaft von Amts wegen bewirkt werden. AG. Lahr, CBlFrG. **1** 973, R. **01** 358 (1377). S. §§ 147, 148 FrGG.

2. S. § 30.

3. S. § 33 Nr. 1.

**§ 161.** S. § 65 Nr. 2.

**§§ 165, 168.** Übergangsbestimmungen. Durch die von ihm unterzeichnete schriftliche Beitrittserklärung ist der Beklagte, mochte er auch nicht lesen und außer seinem Namen nichts schreiben können, gültigerweise Mitglied geworden (s. § 15 Nr. 1). Damit, daß er in der zwecks Aufgebots aufgestellten Liste aufgeführt und von ihm gegen die Liste kein Widerspruch erklärt worden ist, wurde die Liste nicht nur dritten Personen, sondern auch der Genossenschaft

gegenüber für seine Mitgliedschaft maßgebend. **RG.** JW. **00** 83 (15), **RG.** Holdheims MSchr. **12** 280, R. **03** 582 (3041).

Der Veröffentlichung der Mitgliederliste bedarf es zur Herbeiführung der Rechtsfolgen nicht. **RG. 47** 10, JW. **00** 789 (32). Mangelnde Kenntnis vom Inhalte der Liste ist als ein Hindernis für Geltendmachung des Widerspruchs angesehen worden. **RG. 40** 156, **47** 11, JW. **00** 759 (32). Nach der Konkurseröffnung bedarf es einer Durchführung des Berichtigungsverfahrens nicht mehr. Die Verwirkung der Einwendungen tritt nicht ein.

**§ 168.** S. § 165.

Zusatz ohne Gruppierung: Das Privileg der Landschaft als einer dem Vollstreckungsgerichte gleichstehenden Behörde, die Zwangsvollstreckung durch Zwangsverwaltung selbst zu betriben, beschränkt sich auf den Fall des § 6 Abs. 4 des Gesetzes vom 3. August 1897. Fritze, Gruchots Beitr. **47** 384.

Anderer Meinung: Sucker, Gruchots Beitr. **47** 825: Die alten Landschaften haben das Recht in vollem Umfange, nur für die neuen Institute gilt § 6 Abs. 4.

---

# Das Reichshaftpflichtgesetz

## vom 7. Juni 1871 in der Fassung des Art. 42 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Vorbemerkungen: 1. Durch Art. 42 des EGzBGB. haben sich Änderungen am Hpfl.-Ges. namentlich hinsichtlich des materiellen Entschädigungsrechts ergeben, während die Voraussetzungen des Eintritts der Haftpflicht gemäß §§ 1 und 2 des Hpfl.Ges. unberührt geblieben sind, in letzterer Hinsicht allerdings unbeschadet derjenigen einschneidenden Änderungen und Neugestaltungen, welche die Unfallversicherungsgesetzgebung — vgl. Novelle zu den Unfallversicherungsgesetzen vom 30. Juni 1900 und Bekanntmachung vom 5. Juli 1900, in der der neue Text sämtlicher Unfallversicherungsgesetze verkündet wurde, sowie Beamten-Fürsorgegesetz vom 18. Juni 1901 — getroffen haben. v. Rutz, SeuffBl. **64** 1, Aron, Egers eisenb. E.u.A. **14** 183.

2. Die hauptsächlichsten Fälle, in denen das Haftpflichtgesetz neben den Unfallversicherungsgesetzen seine fortdauernde Geltung bewahrt hat, siehe bei Riesenfeld, Das besondere Haftpflichtrecht der deutschen Arbeiterversicherungsgesetze 273, Reindl 14—18, Laß und Maier 289—292.

3. Die Neuerungen und Änderungen am Haftpflichtgesetze stehen in grundsätzlichem Einklange mit den Vorschriften der §§ 843 und 844 BGB. über den Schadensersatz im Falle von Körperverletzungen und Tötungen einer Person und folgen diesen Gesetzesnormen. Rutz 1, Reindl 19, Aron 183, Scherer, BGB. 1353, Staudinger, BGB. II 744.

4. Das Haftpflichtgesetz ist ein Sondergesetz; die Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes können demnach bei der Auslegung des Hpfl.Ges. nur insoweit in Betracht kommen, als auf sie im Gesetze verwiesen ist oder als sie sich als Bezeugungen der durch das Bürgerliche Gesetzbuch in Deutschland zur Herrschaft gelangten allgemeinen Rechtsanschauungen erweisen. Reindl 19.

5. Das Haftpflichtgesetz ist bezüglich seiner Anwendung auf die in ihm namentlich bezeichneten Betriebe beschränkt und läßt keine analoge Anwendung auf andere gleichartige Betriebe zu, insbesondere nicht auf den Betrieb von Motorfahrzeugen. Reindl 20; Karl Hilse, Gutachten in Verh. des 26. Deutschen Juristentags I 27, Eger, DJZ. **04** 192.

6. Bei Geltendmachung von Ansprüchen aus der Haftpflicht sind auch nach der im § 135 des GewUVG. neu eingefügten Prozeßregel die ordentlichen Gerichte nicht an die von den Spruchbehörden der Unfallversicherung ergangenen Entscheidungen über Vorliegen eines zu entschädigenden Unfalls und die Höhe der Entschädigung gebunden, vielmehr die seitens des Reichsgerichts anerkannten Grundsätze über Voraussetzung und Umfang der Haftpflicht nach wie vor in Geltung geblieben. Benno Hilse, Egers eisenb. E.u.A. **18** 171.

7. Für Haftpflichtklagen aus § 1 Hpfl.Ges. ist der persönliche Gerichtsstand des Beklagten, nicht der örtliche (forum delicti commissi) maßgebend. **RG. 50** 408, Reindl 44. Dagegen ist die Haftung des Betriebsunternehmers aus dem Haftpflichtgesetz im Sinne des § 840 BGB. als eine solche aus einer unerlaubten Handlung anzusehen. **RG.** JW. **03** Beil. 25 und R. **03** 180.

Literatur: Aron, Die durch Art. 42 des EGzBGB. abgeänderten Vorschriften des Hpfl.Ges., Egers eisenb. E.u.A. **14** 183 ff. — Cörmann, Haftpflichtgesetz, Handausgabe. — Eger, Komm. zum Hpfl.Ges. (5). — Laß und Maier, Haftpflichtrecht und Reichsvers Gesetzgebung (2). — Reindl, Haftpflichtgesetz, Handausgabe. — v. Rutz, Über die Änderungen am Hpfl.Ges., SeuffBl. **64** 1 ff. — v. Weinrich, Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tötung eines Menschen (2).

**§ 1.** I. Betriebsunfälle.

1. Das Umschlagen einer Weiche ist eine Betriebstätigkeit im Sinne des HpflGes. **RG.** Egers eisenb. E.u.A. **17** 223.

2. Die Eile beim Aussteigen aus dem Eisenbahnwagen gehört zu den eigentümlichen Betriebsgefahren. OLG. Colmar, Egers eisenb. E.u.A. **18** 229.

3. Auch die erhöhte Schwierigkeit des Ausweichens bei Hindernissen auf der Fahrbahn gehört zu den eigentümlichen Gefahren des Eisenbahnbetriebs. **RG.** Egers eisenb. E.u.A. **18** 225, JW. **01** 427.

4. Ein Unfall, der nach Verlassen des Zuges beim Überschreiten des Bahnsteigs sich ereignet, fällt mangels Nachweises des Zusammenhanges mit den besonderen Gefahren des Bahnbetriebs nicht unter § 1 des HpflGes. **RG.** JW. **01** 84, 85.

5. Die bestimmungsgemäße Beförderung auf der Bahn gehört immer zum Betriebe; hat sich der Unfall bei ihr ereignet, so kommt es nicht darauf an, ob dem Eisenbahnbetrieb eigentümliche Gefahren den Unfall herbeigeführt haben. **RG. 50** 92.

6. Das Bestehen des Bahnkörpers und der Schienenanlage bildet für sich — und auch da, wo Wegübergänge sich befinden, — keine der Eisenbahn eigentümliche Gefahr im Sinne des HpflGes., und ein Unfall, der beim Überschreiten der Schienen lediglich zufolge dieser Anlage und ohne Beeinflussung durch eine Beförderung auf der Bahnstrecke erfolgt, steht mit dem Betriebe der Eisenbahn in keinem ursächlichen Zusammenhange. **RG.** Egers eisenb. E.u.A. **17** 244, 245.

7. Ausgleiten auf den mit Eiskrusten überzogenen Trittbrettern eines Eisenbahnwagens beim Aussteigen ist ein Betriebsunfall. Die Verunreinigung der Trittbretter und das Gefrieren des Regenwassers auf denselben ist nicht höhere Gewalt. OLG. Colmar, Egers eisenb. E.u.A. **18** 230.

8. Unfall „beim Betrieb" ist auch dann gegeben, wenn ein am Wagen angespanntes, auf der Straße stehendes Pferd durch den fahrenden Straßenbahnzug scheu wird, die Straße entlang dahinrennt und auf dem Wege einen Passanten niederwirft. Solidarische Haftung des Tierhalters mit dem Eisenbahnunternehmer und alleinige Haftung des letzteren gegenüber dem Tierhalter gemäß § 840 BGB. **RG. 53** 115; vgl. JDR. **2** zu § 840 BGB.

9. Unfall „beim Betriebe", wenn der Reisende mit einem verspäteten Zuge in der Station ankommt, sich, vom Schaffner zur Eile aufgefordert, zur Lösung

einer Fahrkarte für seine mit dem gleichen Zuge beabsichtigte Weiterfahrt in das Bahnhofsgebäude begibt und auf dem Rückwege nach dem zur Abfahrt bereit stehenden Zug in der Eile über einen auf dem Bahnsteige stehenden Gepäckkarren stürzt und sich dadurch verletzt. **RG.** Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **03** 697, R. **02** 463.

10. Die Betriebstätigkeit endigt nicht mit dem Augenblicke, wo der Wagen still steht; der Betrieb einer Eisenbahn umfaßt nicht allein die Fortbewegung der Wagen, sondern zugleich das den Zwecken des Betriebs dienende Halten auf Zwischenstationen; ein im Zusammenhange mit diesem Halten sich ereignender Unfall kann darum sehr wohl ein Unfall bei dem Betriebe sein. **RG.** JW. **03** 403.

11. Die Worte „beim Betriebe" begreifen zwei Momente: es muß einmal ein innerer ursächlicher Zusammenhang bestehen zwischen dem Unfall und der Betriebstätigkeit der Eisenbahn, der freilich, soweit es sich um den Betrieb im engeren Sinne, die eigentliche Beförderungstätigkeit der Eisenbahn, handelt, nicht im einzelnen Falle nachzuweisen ist; weiter aber muß, wie das Wort „bei" ausdrückt, auch ein äußerer, also zeitlicher und örtlicher Zusammenhang mit einem bestimmten Betriebsvorgange gegeben sein, mag dieser Vorgang die Tätigkeit der Beförderung von Menschen und Gütern oder die Vorbereitung oder die Abwickelung des Beförderungsgeschäfts bezwecken. **RG.** DJZ. **03** 478, JW. **03** 345, R. **03** 531; ferner **RG.** Ztg. d. V. d. Eis.Verw. **04** 537.

II. Mitwirkende Umstände. Kausalzusammenhang.

1. Das Erfordernis eines Zusammenhanges des Unfalls mit den dem Eisenbahnbetrieb eigentümlichen Gefahren ist nicht so zu verstehen, daß diese Gefahren dem Eisenbahnbetrieb ausschließlich eigen sein müßten, daß sie nicht in ähnlicher Weise auch anderswo vorkommen könnten. **RG.** JW. **01** 427 und Egers eisenb. E.u.A. **18** 226.

2. Es genügt für die Annahme des Kausalzusammenhanges, daß der Schaden auf eine Handlung, wenn auch nur als mittelbar wirkende Ursache zurückzuführen ist; das Dazwischentreten der freien Handlung eines Dritten unterbricht nicht notwendig den Kausalzusammenhang, namentlich dann nicht, wenn der Dritte erst infolge einer Gefahr zu seiner Handlung veranlaßt ist, die sich nach der Auffassung des Lebens als eine berechtigte Maßregel darstellt, und wenn dadurch erst der Schaden herbeigeführt wird. **RG.** JW. **03** 30, Egers eisenb. E.u.A. **20** 122, R. **03** 109. S. auch JDR. **2** zu § 249 BGB. Note 4a.

3. **RG.** JW. **03** 384: Anlangend den Beweis des ursächlichen Zusammenhanges, ist nicht zu fordern, daß der als zum Schadensersatze verpflichtend hingestellte Umstand als einzig möglicher Grund des Schadens sich darstellt; bei den Schranken menschlicher Erkenntnis muß es, damit den Erfordernissen des praktischen Lebens genügt wird, ausreichen, wenn ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit dafür vorliegt, daß der Schaden in dem betreffenden Umstande seinen Grund hat. Dies ist auf Grundlage der menschlichen Erfahrung mit Rücksicht auf die Sachlage, insbesondere den Grad der Gefährlichkeit der in Betracht kommenden Handlung zu prüfen. (**RG.** **15** 339, **29** 140.)

4. OLG. Colmar, R. **02** 299; **RG.** R. **02** 399: Nicht wesentlich ist, daß die Verletzung durch direkte körperliche Einwirkung eines Betriebsereignisses herbeigeführt wird; auch nur mittelbare, durch den Betrieb in Lauf gesetzte Kausalität kann genügen.

5. Der Eisenbahnbetrieb braucht nicht die alleinige und ausschließliche Ursache des Unfalls zu sein; in diesem Falle hat aber der Eisenbahnunternehmer nur insoweit Entschädigung zu leisten, als der Betrieb die Mit-

schuld an der eingetretenen Folge trägt. Wenn A. mit einer Disposition zu einem Leistenbruche behaftet war, ohne daß bis dahin der Bruch hervorgetreten war und wenn nun infolge des Betriebsunfalls der Bruch austrat, so hat der Betriebsunternehmer die Differenz zu ersetzen, welche in den Vermögensverhältnissen des A. dadurch eintrat, daß aus seiner Disposition zu einem Leistenbruch ein Leistenbruch geworden ist. Die Abschätzung des Schadens ist in solchem Falle trotz der Schwierigkeit sicherer tatsächlicher Feststellung durch die Vorschrift des § 287 ZPO. möglich. **RG.** Egers eisenb. E.u.A. **17** 242, Reindl 39.

III. Unfall.

Unter „Unfall" ist sowohl nach Haftpflichtrecht als nach Unfallversicherungsrecht ein zeitlich bestimmbares, einzelnes Ereignis, nicht auch eine Gesundheitsbeschädigung zu verstehen, die durch eine längere Zeit, vielleicht Jahre lang dauernde schädliche Einwirkung auf den Körper eines Menschen herbeigeführt ist. **RG.** Egers eisenb. E.u.A. **18** 266, Reindl 35; OLG. Hamm, Egers eisenb. E.u.A. **18** 248.

IV. Körperverletzung.

Der Begriff der „Körperverletzung" im Sinne des § 1 HpflG. ist nunmehr der gleiche wie im Sinne des BGB.; danach müssen künftig aus dem Rechtsbegriffe der Körperverletzung nach HpflGes. diejenigen Störungen des menschlichen Wohlbefindens ausscheiden, welche auf andere Weise als durch Zerstörung eines Teiles des menschlichen Körpers in die äußere Erscheinung treten, also die sog. Gesundheitsverletzungen. K. Hilse, Ztschr. f. Kleinbahnen **9** 648. Dagegen **RG.** JW. **04** 562.

V. Der Verletzte hat nicht die Wahl, entweder die Berufsgenossenschaft oder die nach § 140 GewUVG. und § 1 HpflGes. haftpflichtige Eisenbahn in Anspruch zu nehmen; denn der Anspruch gegen den haftpflichtigen Dritten geht nach § 140 GUVG. auf die Berufsgenossenschaft im Umfang ihrer durch die Unfallversicherungsgesetze begründeten Entschädigungspflicht über, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Berechtigte die ihm von der Genossenschaft zugebilligte Rente annimmt oder nicht; der Verletzte kann nur den Mehranspruch gegen den haftpflichtigen Dritten geltend machen. RVersAmt., DJZ. **02** 28.

VI. Betriebsunternehmer.

1. **RG.** JW. **03** 158: Für die Frage, wer als Betriebsunternehmer zu betrachten sei, sind nicht die Eigentumsverhältnisse an der Bahnanlage oder den Betriebsmitteln entscheidend; maßgebend ist, für wessen Rechnung und Gefahr der Betrieb ausgeübt wird, wem das ökonomische Ergebnis des Betriebs Vorteile oder Nachteile bringt. Dieser Gesichtspunkt muß auch für die Fälle gelten, wo der Transport durch ein Anschlußgeleise auf die Hauptbahn übergeführt wird. Hier kann bei einem teilweisen Ineinandergreifen der beiderseitigen Betriebe die Grenze derselben im einzelnen Falle zweifelhaft werden, und es kann für die Bestimmung dieser Grenze von Bedeutung sein, ob nach den getroffenen vertraglichen Festsetzungen bzw. nach der bestehenden Übung der Besitzer des Anschlußgeleises das Zubringen und Abholen der Wagen selbst zu besorgen hat, ob an einer bestimmten Stelle die Übergabe und Übernahme der Wagen zu bewerkstelligen ist. Das wesentliche Merkmal bleibt auch hier das wirtschaftliche Interesse des einen oder anderen Teiles. — Wenn ein Arbeiter der einen Betriebsverwaltung vorübergehend eine Tätigkeit ausübt in dem Betriebe der anderen Verwaltung (z. B. von der Hauptbahn übergeht auf das Anschlußgeleise), so tritt er dadurch noch nicht in ein versicherungspflichtiges Verhältnis zum letzteren Betrieb und hat also gegen den letzteren Betriebsunternehmer Anspruch aus dem HpflGes. und nicht aus dem UVG.

2. In der Genehmigung des Bahnbetriebs liegt auch die Genehmigung des Betriebs, welcher vor Eröffnung der Bahn vor Fertigstellung des Baues stattfindet. Damit steht hinsichtlich der Haftpflichtansprüche die Person des Betriebsunternehmers auch für die Bauperiode fest. **RG.** JW. **01** 726.

3. Derjenige, welcher die Konzession zum Bahnbau erwirkt und den Bau veranlaßt hat, ist nur dann als Betriebsunternehmer nach § 1 HpflGes. haftbar, wenn der Betrieb auch auf seine Rechnung erfolgt, nicht aber dann, wenn er die aus der Konzession folgenden Rechte vertragsmäßig auf einen anderen als den Unternehmer übertragen hat. Auch derjenige, welcher vertragsmäßig die Herstellung von Bahnbauarbeiten übernommen hat, ist noch nicht Betriebsunternehmer, und aus der von ihm gegenüber dem Betriebsunternehmer kontraktlich übernommenen Haftung folgt kein direkter Klaganspruch Dritter gegen ihn. **RG.** JW. **01** 726.

4. Die preußisch-hessische Betriebsgemeinschaft ist als ein der Gesellschaft entsprechendes Rechtsverhältnis anzusehen und der preuß. Staat deshalb bezüglich der von Hessen eingeworfenen Bahnen als Betriebsunternehmer neben dem hessischen Staate gesamtschuldnerisch haftbar. **RG. 52** 144, R. **02** 463.

5. Die internationale Schlafwagengesellschaft in Brüssel ist bezüglich der von ihr unternommenen Luxuszüge als Mitunternehmerin neben der betr. Eisenbahn anzusehen und mit letzterer gesamtschuldnerisch nach § 1 HpflGes. haftbar. Reindl, Egers eisenb. E.u.A. **18** 375, **19** 89.

6. a) Eisenbahn im Sinne des HpflGes. ist eine innerhalb des Deutschen Reichs dem öffentlichen Verkehr übergebene Verkehrsanstalt mit ober- oder unterirdisch angelegter Fahrbahn aus Eisenschienen, deren Betrieb durch eine beliebige Betriebskraft nach Maßgabe eines Fahrplans erfolgt und mit eigenartigen Betriebsgefahren für das übrige Verkehrsleben verbunden ist. Kollmann, Egers eisenb. E.u.A. **20** 91.

b) Auch Eisenbahnen unter der Erde, z. B. zum Betriebe von Bergwerken bestimmt, fallen unter das HpflGes. **RG.** Gruchots Beitr. **46** 1005, R. **03** 23. Ebenso Kollmann, Egers eisenb. E.u.A. **20** 91, aber nur soweit unterirdische Bahnen öffentlichen Verkehrszwecken dienen.

c) Auch eine Feldbahn fällt unter das HpflGes. Nicht wesentlich ist für den Begriff der Eisenbahn im Sinne des HpflGes., daß die Bahn dem allgemeinen öffentlichen Verkehre dient; es fallen darunter auch die einem privaten gewerblichen Zwecke dienenden Bahnen unter der Voraussetzung, daß sie in Ansehung der Gefährlichkeit einer für den öffentlichen Verkehr bestimmten Eisenbahn gleichstehen. **RG.** Egers eisenb. E.u.A. **17** 244 und **19** 61; Reindl 30. Dagegen Eger (5) 42 und Kollmann, Egers eisenb. E.u.A. **20** 91, der in der Regelung des Bahnbetriebs nach einem öffentlich bekannt gemachten Fahrplan ein Kriterium für den Begriff der Eisenbahn im Sinne des HpflGes. sieht, da gerade durch die erforderliche Einhaltung des Fahrplans die dem Eisenbahnbetrieb anhaftende Eile und Hast sowie das mit Gefahr verbundene Gedränge des Publikums bedingt würden. ➛ Diese Begründung erscheint kaum zutreffend. Warum soll eine lediglich dem Güterverkehre dienende Bahn, deren Fahrpläne nicht öffentlich bekannt gemacht werden, nicht gleiche Gefahren mit sich bringen wie eine nur dem Personenverkehre dienende Bahn, deren Fahrpläne veröffentlicht werden? Und warum soll gerade die öffentliche Bekanntmachung des Fahrplans für die dem Eisenbahnbetrieb anhaftende Eile und Hast entscheidend sein? Das gleiche ist doch auch der Fall, wenn der Fahrplan nicht öffentlich bekannt gemacht ist. Das Gedränge des Publikums ferner ist doch nicht in jedem Falle ein Erfordernis für einen Unfall beim Betriebe der Eisenbahn (Reindl). ⬸

VII. **RG.** Egers eisenb. E.u.A. **19** 148: Das Dunkel, das über einem Vorgange schwebt, schlägt nur zum Nachteile des Betriebsunternehmers aus; er muß, um die Einreden der höheren Gewalt oder des eigenen Verschuldens des Verletzten geltend machen zu können, das Dunkel lichten.

VIII. Höhere Gewalt.

1. Weinrich (2) 150 und bei Egers eisenb. E.u.A. **19** 165: Höhere Gewalt beim Eisenbahnbetrieb ist ein plötzlich eintretendes unvorhersehbares Ereignis, das außerhalb dieses Betriebskreises entstanden, durch Hereinwirken in denselben Schaden an Leib und Gut verursacht und unter sorgfältiger Anwendung aller dem Eisenbahnbetrieb ordnungsmäßig zu Gebote stehenden Mittel nicht verhütet werden konnte.

2. **RG.** JW. **01** 165: Höhere Gewalt ist ein von außen, d. h. von außerhalb des Betriebs des Unternehmers einwirkendes Ereignis, welches auch durch die äußerste nach den gegebenen Umständen gebotene Vorsicht und durch alle vernünftigerweise dem Unternehmer zuzumutenden Vorkehrungen nicht abzuwehren, noch in seinen Folgen unschädlich zu machen ist. Es fallen hierunter nicht bloß elementare Ereignisse, sondern auch andere zufällige, von außen kommende Einwirkungen, wofern sie den angegebenen Voraussetzungen entsprechen, möglicherweise also ein Verhalten des Verletzten selbst, ein aus der persönlichen körperlichen oder geistigen Verfassung desselben entsprungenes Vorkommnis.

3. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 442, R. **03** 241: Der Begriff des „unabwendbaren äußeren Zufalls" im § 25 des preuß. Eisenbahngesetzes von 1838 und der Begriff der „höheren Gewalt" im § 1 des HpflGes. sind einander völlig gleich zu setzen.

4. **RG.** JW. **03** 316: Die Berufung auf höhere Gewalt setzt tadelloses Funktionieren aller Organe, der Leute und der Betriebsmittel, des Unternehmers voraus; Mängel in diesen stellen, wenn sie dem Unternehmer ohne sein Verschulden unbekannt waren, den sog. inneren Zufall dar, der den Einwand der höheren Gewalt ausschließt.

5. **RG.** JW. **03** 317: Der Maßstab, nach welchem die Unvermeidbarkeit des schädigenden Ereignisses zu beurteilen ist, ist ein objektiver, aber er ist kein absoluter. Es kommt nicht darauf an, ob die Abwendung des schädigenden Ereignisses oder seiner Folgen überhaupt (in abstracto) möglich war, sondern ob die Abwendung bei den gegebenen Verhältnissen durch die äußerste, diesen Umständen angemessene Sorgfalt und durch Mittel, deren Anwendung dem Haftpflichtigen vernünftigerweise zugemutet werden durfte, erreicht werden konnte; hierbei kommen nur solche Mittel in Betracht, deren Anwendung überhaupt möglich ist, ohne den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens völlig auszuschließen. (**RG. 21** 13, JW. **88** 185, **92** 484, **93** 39.) Von diesem Gesichtspunkt aus kann das Verlangen, es hätte nach einem wolkenbruchartigen Regen an der durch Unterspülung bedrohten Stelle die Fahrt so verlangsamt werden sollen, daß ein rechtzeitiges Bremsen vor dem Hindernisse möglich war, nicht als eine übermäßige Belastung des Unternehmers, die die Wirtschaftlichkeit des Betriebs beeinträchtigen würde, angesehen werden.

6. **RG.** JW. **02** 591, Egers eisenb. E.u.A. **19** 258: Höhere Gewalt kann auch in dem gewaltsamen Eingreifen eines Dritten in den Betrieb liegen; aber es bedarf alsdann des Nachweises, daß dieses Eingreifen nicht nur an sich mit rationellen Mitteln unabwendbar, sondern auch in seinen Folgen nicht unschädlich zu machen war. Keine höhere Gewalt daher in der gewaltsamen Lösung und Umlegung einer verschlossenen Weiche durch einen Dritten, wenn die Eisenbahn den Beweis der nötigen Kontrolle, die nach den gegebenen Umständen erforderlich war, nicht geführt hat.

7. **RG. 50** 95, JW. **02** 196: Keine höhere Gewalt, wenn der Unfall dadurch herbeigeführt wurde, daß in einer Großstadt der Straßenbahnwagen mit einem plötzlich aus einem Hause rückwärts auf die Straße hinausgeschobenen Wagen zusammenstößt. Denn auf derartige Ereignisse, die in einer Großstadt mit einer gewissen Häufigkeit einzutreten pflegen, muß der Unternehmer einer Straßenbahn von vornherein rechnen, sie sind als mit dem Betriebe der Straßenbahn zusammenhängend anzusehen. Ebenso **RG.** JW. **03** 403 — Zusammenstoß eines Straßenbahnwagens mit einem Tandem —.

8. **RG.** JW. **03** 273: Ereignisse, wie das Überfahren unmündiger Kinder durch Wagen der Straßenbahn, die bei dem Betriebe mit einer gewissen Häufigkeit vorzukommen pflegen und durch die Natur des Betriebs einer Straßenbahn von selbst gegeben sind, sind nicht als höhere Gewalt anzusehen. Ebenso OLG. Colmar, R. **03** 903.

IX. Eigenes Verschulden.

1. a) Weinrich, Egers eisenb. E.u.A. **19** 167: Der Wortlaut des § 1 HpflGes. läßt es zweifelhaft, wie der Begriff des „eigenen Verschuldens" aufzufassen ist. Die Rechtsprechung und nach ihr die herrschende Meinung setzt subjektives Verschulden und damit Zurechnungsfähigkeit voraus. Nach Unger, Handeln auf eigene Gefahr (Iherings J. **30** 417) wäre Verschulden im Sinne des § 1 HpflGes. gleichbedeutend mit „schuld sein", „veranlassen", also Verschulden im objektiven Sinne. Man könne demnach auch bei einem zweijährigen Kinde, das in die Räder eines im Schritt daherfahrenden Tramwaywagens läuft, wo das **RG. 31** 13 höhere Gewalt annehme, eigenes Verschulden im objektiven Sinne annehmen, was unserem natürlichen Gefühle mehr entspreche.

b) **RG.** R. **03** 400, Egers eisenb. E.u.A. **20** 71: Einer Person im Alter von 7—18 Jahren fällt ein Verschulden im Sinne des § 1 zur Last, wenn sie die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt, obgleich sie die Einsicht besitzt, um ihr Verhalten als ein diese Sorgfalt außer acht lassendes erkennen zu können. Vgl. auch **RG. 51** 275, R. **03** 102 (unten Ziff. X. d) und o. zu § 254 BGB. Note 12a.

c) **RG. 53** 159: Die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht ist zu bestimmen als „diejenige geistige Entwickelung, die den Handelnden in den Stand setzt, das Unrecht seiner Handlung gegenüber dem Mitmenschen und zugleich die Verpflichtung zu erkennen, in irgendeiner Weise für die Folgen seiner Handlung selbst einstehen zu müssen"; vgl. o. Ziff. 1 zu § 828 BGB.

d) **RG.** R. **03** 605: Der Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist im Sinne des Gesetzes allerdings insofern ein objektiver, als die Eigentümlichkeit des einzelnen weder zu seinem Nachteile noch zu seinen Gunsten für die Entscheidung, ob er ihr genügt, in die Wagschale fällt. Das kann aber nicht dazu führen, daß alle Menschen in allen Lebenslagen der gleichen Beurteilung unterliegen. Die Verschiedenheit ganzer Gruppen von Menschen nach Alter, Bildung usw. führt notwendig zu einer Verschiedenheit des gemeinsamen Maßstabs, der an gewisse Menschen unter gewissen Verhältnissen anzulegen ist.

2. Cohn, Gruchots Beitr. **43** 121: In dem durch sittliche Pflicht gebotenen Eingreifen zur Abwendung einer dem Nächsten drohenden Gefahr ist ein Verschulden nicht zu erblicken, sofern der dabei betätigte Wagemut nicht das Ziel weit hinter sich läßt und nicht im Mißverhältnisse zu dem Schaden steht, dessen Abwendung bezweckt wird. Irrtum über die Größe der Gefahr kommt dem Handelnden zugute. Ebenso **RG.** JW. **02** 136, Egers eisenb E.u.A. **19** 24. Vgl. auch o. zu § 833 BGB. Note 8b und die dortigen Verweisungen. Dagegen ist es Verschulden, wenn zur Abwendung einer Gefahr von

Sachen, insbesondere von Tieren, jemand sein Leben oder seine Gesundheit aufs Spiel setzt. **RG.** Egers eisenb. E.u.A. **17** 210.

3. **RG.** R. **03** 405: Der Umstand, daß der durch einen Betriebsunfall auf der Eisenbahn Betroffene sich einer Verletzung der Eisenbahnverkehrsordnung bzw. Eisenbahnbetriebsordnung schuldig gemacht hat, die mit dem Unfall in ursächlichem Zusammenhange gestanden hat, rechtfertigt nicht unter allen Umständen die Annahme eines eigenen Verschuldens desselben; insbesondere kann ein solches dann ausgeschlossen sein, wenn ein bezügliches Verbot von den mit der Handhabung desselben betrauten Beamten tatsächlich nicht gehandhabt zu werden pflegte.

4. Bestürzung und Ratlosigkeit, welche das schnelle Heranfahren der Straßenbahnwagen inmitten des starken Verkehrs für den zwischen dem Geleise stehenden Passanten mit sich brachte, sind eine unmittelbare Folge der dem Straßenbahnbetrieb eigentümlichen, in einer verkehrsreichen Stadt mit ihm notwendig verbundenen Gefahr und schließen daher auch die Annahme von dem Vorliegen höherer Gewalt aus. In solcher Bestürzung ist aber auch keine Fahrlässigkeit, die dem Verletzten zur Last fiele, zu finden. **RG.** JW. **02** 31.

Eigenes Verschulden liegt nicht in einem sachwidrigen, durch Bestürzung hervorgerufenen Verhalten des Verletzten (Abspringen vom Wagen) im Momente der Gefahr eines Zusammenstoßes zweier Wagen. **RG. 50** 92; vgl. JDR. **1** Ziff. 6e vor § 823 BGB.

**RG.** R. **03** 400: Ein Verschulden ist zu verneinen, wenn der Verletzte, der durch das unerwartete Auftauchen und das Geräusch von Zügen in Geistesverwirrung geraten ist oder wenigstens alle Ruhe und Überlegung verloren hat, ohne sein Verschulden in die gefahrdrohende Nähe eines Wagenzugs gelangt ist und nun durch sachwidriges Handeln den Unfall herbeigeführt hat.

5. Eigene Schuld des Verletzten liegt nicht schon darin, daß er sich am Tage des Unfalls, obwohl feuchtes nebliges Wetter herrschte, das Straßenpflaster infolgedessen schlüpfrig und ein Unfall mit dem Rade dadurch erleichtert war, seines Rades auf seinen Geschäftstouren bedient hat; aber sie liegt darin, daß der Verletzte, der Polizeiverordnung zuwider, die linke Seite der Straße benutzt hat und daß diese Zuwiderhandlung die Ursache des Unfalls (Zusammenstoß mit einer Straßenbahn) war und als mögliche Ursache des Unfalls von ihm auch vorausgesehen werden konnte. OLG. Hamburg, Egers eisenb. E.u.A. **18** 206.

6. Das durch Vernachlässigung der dem Publikum gegenüber dem Eisenbahnbetriebe obliegenden Vorsicht begründete Verschulden im Sinne des § 1 ist je nach den Umständen, insbesondere je nach der Beschaffenheit der Bahnanlage und je nach der durch die Art des Betriebs bedingten Größe der Gefahr verschieden zu bestimmen. **RG.** JW. **01** 40.

Die Berufung darauf, daß die Bahnordnung für die Nebeneisenbahnen und die Vorschriften der Aufsichtsbehörden befolgt seien, schließt die Annahme eines Verschuldens, das in der Unterlassung der Aufstellung einer Wegschranke bei einem Bahnübergange gefunden werden kann, noch nicht aus. OLG. Karlsruhe, Egers eisenb. E.u.A. **18** 7.

7. Das eigene Verschulden des Verletzten ist dann kausal für den Unfall, wenn die Fahrgeschwindigkeit der Lokomotive zwar zu groß war, der Verletzte aber trotz seiner Taubheit beim Überschreiten der Geleise nicht Umschau hielt und daher auch bei langsamerem Tempo der Lokomotive überfahren worden wäre. OLG. Dresden, R. **01** 545.

Dagegen ist die Unterlassung der beim Übergang über den Bahnkörper gebotenen Vorsicht eigener Umschau nur mäßiges Verschulden gegenüber dem in der Nichtbeachtung der vorgeschriebenen Schutzmaßnahmen (Läuten der Lokomotive)

liegenden groben Verschulden des Bahnpersonals und daher letzteres Verschulden allein kausal für den Unfall. RG. JW. 02 190.

8. Eigenes Verschulden liegt vor bei vorzeitigem Öffnen der Wagentür und Aussteigen aus dem noch in Bewegung befindlichen Zuge; Irrtum des Reisenden darüber, ob der Zug schon halte, gereicht ihm zum Nachteil, wenn sich der Irrtum bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vermeiden lassen. OLG. Darmstadt, Egers eisenb. E.u.A. 19 200.

9. a) Das Betreten der Geleise einer Straßenbahn, ohne sich vorher umzusehen, bildet bei einem Menschen, der mit einem zur Wahrnehmung der Glockenzeichen und des durch das Herannahen der Bahn entstehenden Geräusches ausreichenden Gehör begabt ist, kein eigenes Verschulden, wenn er das Herannahen der Bahn durch Umstände, die außer seiner Person lagen, nicht gehört hat. Ein etwa hierbei sich ereignender Unfall fällt in das Gebiet der Verkehrsunfälle, wofür die Bahn haftbar ist. Ist dagegen dem Betroffenen durch seine Schwerhörigkeit versagt, das Herannahen der Bahn wahrzunehmen, so handelt er grobfahrlässig und auf eigene Gefahr, wenn er, ohne sich vorher umzusehen, das Geleise betritt. OLG. Köln, R. 03 319.

b) Darin, daß der Kläger hart neben den Schienen der Straßenbahn fuhr, liegt keine Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt; der Kläger war sogar befugt, den Straßenbahnkörper selbst zu befahren; dies ergeben ohne weiteres die Verkehrsverhältnisse und die Bestimmungen der Betriebsordnung der Beklagten. Den Kläger traf nur die Verpflichtung, dem herannahenden Straßenbahnwagen alsbald soweit auszuweichen, daß das Vorüberfahren des Wagens frei und ungehindert geschehen konnte. RG. JW. 03 390.

c) Eigenes Verschulden des Getöteten liegt vor, wenn er auf dem Zwischenraum der beiden Gleispaare einer Straßenbahn stehend unverwandt den Blick nur auf den auf der einen Seite fahrenden Zug, den er zu besteigen beabsichtigt, richtet und nicht nach beiden Seiten Umschau hält. RG. JW. 03 102, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. 03 649.

d) Vgl. ferner o. zu § 254 BGB. Note 12a: Straßenbahnunfälle.

10. Dem Verletzten gegenüber wird die Bahn nur durch dessen eigenes Verschulden befreit. Die Bahn kann daher eigenes Verschulden nicht dem Tandemfahrer entgegenhalten, der hinter dem die Lenkstange Führenden sitzt, auch wenn letzterer grobfahrlässig den Unfall verschuldet hat. Denn der Tandemfahrer muß sich der Führung des Lenkers des Fahrzeugs fügen und überlassen, er kann nur durch Gegentreten die Vorwärtsbewegung hemmen, bei entsprechender Kraft sie sogar aufheben, er kann sich auch durch Abspringen vom Lenker trennen. Für die Frage des eigenen Verschuldens des Tandemfahrers kommt somit die Tatsache der Benutzung eines solchen Fahrzeugs, die Überlassung der Führung an einen anderen und die Unterwerfung unter dessen Führung sowie sein Verhalten auf dem Tandem, insbesondere im Zeitpunkte der Gefahr in Betracht. Die Benutzung eines an sich gestatteten Fahrzeugs begründet nun aber an sich kein Verschulden; die Unterordnung unter einen anderen als Lenker aber würde nur dann zum Verschulden angerechnet werden können, wenn der Fahrende Grund gehabt hätte, Zweifel in die Gewandtheit und Verlässigkeit des Lenkers zu setzen; endlich ist der Fahrende nur dann nicht durch das schuldhafte Verhalten des Lenkers gedeckt, wenn er dessen Verhalten hindern oder sich von ihm nach Lage der Sache im Momente der Gefahr hätte trennen können. RG. JW. 03 404.

11. Der Beschädiger, der sich auf eigenes Verschulden eines Getöteten berufen kann, darf auch dem Schadensersatze der Hinterbliebenen gegenüber diesen Einwand erheben. (Vgl. auch o. zu § 254 BGB. Note 5). Ein eigenes Verschulden des Getöteten kann aber nicht ohne weiteres darin erblickt werden,

daß er einen dem allgemeinen Verkehre dienenden Weg anstatt einer dem gleichen Verkehre dienenden Straße begangen hat. BayrObLG. R. **03** 80.

12. Der wegen Verletzung eines (7 jährigen) Kindes schadensersatzpflichtige Eisenbahnunternehmer kann dem Vater des Kindes gegenüber, der die Kosten für die Wiederherstellung des Kindes aufgewendet hat und als Vertreter des Kindes sowie auf Grund nützlicher Aufwendung die Kosten vom Betriebsunternehmer ersetzt verlangt, nicht die Einrede entgegenhalten, daß ihm der Vater wegen Verletzung seiner im § 832 BGB. statuierten Aufsichtspflicht haftbar sei, da das verletzte Kind weder eine objektiv rechtswidrige Handlung gegenüber dem Eisenbahnbetriebsunternehmer vorgenommen hat, noch durch seine Handlung (Hineinlaufen in den Zug) ein Recht des Betriebsunternehmers im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. verletzt hat. RG. **53** 312; vgl. o. Ziff. 3b zu § 823 Abs. 2 BGB.

X. Verhältnis des § 254 BGB. zum Haftpflichtgesetz. S. darüber auch eingehend o. zu § 254 BGB. Note 10.

1. Für das Anwendungsgebiet des HpflGes. wird die Heranziehung des § 254 BGB. bei konkurrierendem Verschulden ausgeschlossen erscheinen. Cohn, Gruchots Beitr. **43** 100; Reindl 81; Aron, Egers eisenb. E.u.A. **14** 190; Rutz, SeuffBl. **64** 91; OLG. Hamburg, R. **03** 504 und Egers eisenb. E.u.A. **20** 33.

2. a) Dagegen wiederholt RG. **53** 75 und 398, R. **03** 262 u. 504, JW. **03** 157, DJZ. **03** 177, Egers eisenb. E.u.A. **19** 344, **20** 48 und 51, SeuffA. **59** 244: Der § 254 BGB. umfaßt auch die Fälle des § 1 HpflGes. Daher kann es, auch wenn auf seiten des beklagten Eisenbahnunternehmers nur die allgemeine Betriebsgefahr seines Unternehmens und ein Verschulden nur auf seiten des Klägers in Betracht kommt, doch nicht mehr schlechthin sein Bewenden dabei behalten, daß der beklagte Eisenbahnunternehmer von jeder Haftung ganz frei bleibe, sondern es ist nach Maßgabe aller Umstände des Falles zu erwägen, ob er nicht wenigstens zum Ersatz eines Teiles des dem Verletzten entstandenen Schadens anzuhalten ist, wobei insbesondere auch das Maß des dem Verletzten zur Last fallenden Verschuldens von Bedeutung sein wird; vgl. auch JDR. **2** (Bd. 1) 148.

b) Wie das RG. auch KG., Ztg. d. Ver. d. EisVerw. **04** 402 und Weinrich, Egers eisenb. E.u.A. **19** 369 und Weber, Egers eisenb. E.u.A. **19** 79; Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden 115.

3. c) Bei der Frage, ob eigenes Verschulden eines jugendlichen Verletzten im Sinne des § 254 BGB. vorliegt, ist die Vorschrift des § 828 Abs. 2 BGB. entsprechend zu berücksichtigen. RG. **51** 275, R. **03** 102; vgl. auch o. Ziff. IX 1b, o. Ziff. 2 zu § 828 BGB.

**Zu §§ 3 und 3 a.**

I. Inhalt des Schadensersatzanspruchs. Umfang.

1. Nur der nach den Vorschriften und der Begriffsabgrenzung des HpflGes. und der durch dasselbe begründeten Legalobligation sich ergebende Schadensersatz ist zu leisten, nicht aber Schadensersatz nach der allgemeinen Vorschrift des § 252 BGB.; Ersatzleistung für volles Interesse oder entgangenen Gewinn greift in Haftpflichtfällen nicht Platz; der letztere jedenfalls nur insoweit, als in den §§ 843 und 844 BGB. bzw. §§ 3 und 3a der Novelle (Art. 42 EG.) derartige Ersatzansprüche ausdrücklich zugelassen sind. Daher auch kein Schmerzensgeld. Eger (5) 293 und 294. Ansprüche aus § 847 BGB. wegen nicht vermögensrechtlichen Schadens fallen nicht unter das HpflGes. Reindl 126 und 131; Laß und Maier 103; ebensowenig Ansprüche aus § 845 BGB., RG. JW. **04** 174, R. **04** 222, DJZ. **04** 457.

2. Sachbeschädigung fällt nicht unter das HpflGes.; hierwegen maßgebend BGB. und die auf Grund des Art. 105 EGzBGB. erlassenen landesgesetzlichen

Bestimmungen. Reindl 34. In Preußen haften nach § 25 des Ges. vom 3. November 1838 die Eisenbahnen auch für Beschädigung von Sachen, ohne daß der Nachweis eines Verschuldens erforderlich ist; diese Vorschrift findet aber auf Kleinbahnen und Straßenbahnen keine Anwendung. Gundlach, KGBl. **13** 33. Dagegen für Anwendung des § 25 auch auf Straßenbahnen Senff, KGBl. **13** 9 ff.

3. a) Heilungskosten sind nur die Ausgaben für Mittel, die objektiv zur Heilung oder Linderung des Leidens geeignet sind, also die Ausgaben für eine Behandlungsweise, die an sich zur Erzielung einer Heilwirkung geeignet ist; letzteres trifft auf die Anwendung des tierischen Magnetismus nicht zu. OLG. Breslau, Egers eisenb. E.u.A. **18** 259.

b) Der Ersatz der Kurkosten aus § 3 soll nicht zu einer Bereicherung führen. Ersparnisse, die der Verletzte während der Dauer seiner Badereise infolge derselben in seinem Haushalte macht, muß er sich daher anrechnen lassen. Er braucht aber nicht zur Begründung seines Ersatzanspruchs zu behaupten und zu beweisen, daß er keine Ersparnisse gemacht habe, sondern der Ersatzpflichtige muß gegenüber der nachgewiesenen Summe der Kurkosten im Wege der Einrede die anzurechnende Ersparnis behaupten und unter Beweis stellen. Die Beweispflicht ist die nämliche wie in den gleich gelagerten Fällen der §§ 324, 615, 649 BGB. LG. Köln, DJZ. **02** 560.

c) Der Ersatzanspruch wegen der Kosten der Heilung steht dem Verletzten nach § 3 a unabhängig davon zu, ob ein gesetzlich ihm zum Unterhalte Verpflichteter vorhanden ist, oder ob ein solcher die Kosten ausgelegt hat. Das gilt auch, wenn der Ehemann des Verletzten der Unterhaltspflichtige ist. RG. **47** 211, Reindl 130. S. JDR. **1** Ziff. 4 zu § 843 BGB.

d) Die vor dem Wegfalle des Diensteinkommens eines Beamten entstandenen Heilungskosten sind, sofern die Voraussetzungen des § 1 HpflGes. gegeben sind, dem Verletzten auf Grund dieses Gesetzes zu erstatten, da das Beamten-Fürsorgegesetz nur bezüglich der nach der Pensionierung bzw. Dienstentlassung erwachsenden Heilungskosten Bestimmung trifft, demnach auf die vorher erwachsenen Heilungskosten überhaupt keine Anwendung finden kann, die Bestimmungen des HpflGes. aber nur insoweit außer Kraft gesetzt werden sollten, als das Fürsorgegesetz Ersatzbestimmungen trifft. Gundlach, KGBl. **14** 3, 4, 13 und 15. Dagegen: RG. Gruchots Beitr. **48** 637.

e) Der Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten ist von dem Verletzten erworben; nach seinem Tode geht er als Bestandteil des Nachlasses auf die Erben über; die Hinterbliebenen haben daher nur insoweit einen selbständigen Anspruch, als sie Erben des Getöteten geworden sind; ebensowenig hat ein Dritter, der Kosten für die Heilung aufgewendet hat, ein selbständiges Klagerecht. Eger, Komm. (5) 401 und 402, Reindl 127, Staudinger, Komm. zum BGB. II 749 Anm. lit. B Nr. 1. Anders bei Beerdigungskosten.

f) Unter die Heilungskosten fallen auch die Kosten mehrerer Heilversuche. Reindl 127.

g) Der Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten ist, soweit sie nicht in Form einer wegen Vermehrung der Bedürfnisse des Verletzten zuzusprechenden Rente gewährt werden, unbeschränkt übertragbar. Reindl 128.

4. Eine Erweiterung des bisherigen Rechtes ist durch die dem § 843 BGB. nachgebildete Bestimmung getroffen, daß für den durch Vermehrung der Bedürfnisse entstandenen Vermögensnachteil Entschädigung zu leisten ist; dieser Anspruch kann auch neben demjenigen für Aufhebung oder Verminderung der Erwerbsfähigkeit geltend gemacht werden. Aron, Egers eisenb. E.u.A. **14** 184; v. Rutz, SeuffBl. **64** 45; Reindl 135, 136; Laß u. Maier 103 Anm. 34.

5. Ersatzverpflichtung des Betriebsunternehmers für die Beerdigungskosten ist auch dem Dritten gegenüber begründet, der an Stelle des hierzu Verpflichteten diese Kosten bestritten, nicht bloß wie seither nur den Erben des Getöteten gegenüber. Der Dritte hat direktes Klagerecht gegen die Betriebsunternehmer. Hierdurch eine bisher vielbestrittene Frage entschieden, s. reichsgerichtl. Judikatur bei Eger (5) 387/388; Reindl 138; v. Rutz, SeuffBl. **64** 45, Egers eisenb. E.u.A. **12** 245; entgegen früher Endemann, Komm. z. HpflGes. 127.

6. Eine Verpflichtung des Betriebsunternehmers zur Vorschießung der Beerdigungskosten besteht nicht. v. Rutz, SeuffBl. **64** 46; Reindl 137; anders bei Heilungskosten: Reindl 129.

7. Wenn eine Person während ihres Kindesalters verletzt worden ist, muß bei der späteren Wahl ihres Berufs darauf Rücksicht genommen werden, zu welchen Arten erwerblicher Tätigkeit sie nach den Folgen des Unfalls fähig erscheint. Andererseits steht aber dem Interesse des haftpflichtigen Unternehmers daran, daß der Verletzte eine Tätigkeit ergreife, bei der sein Erwerb möglichst wenig durch die Folgen des Unfalls geschmälert wird, als gleichberechtigter Faktor das Recht des Verletzten auf die Berufswahl als Ausfluß der freien Willensbestimmung in wirtschaftlicher Beziehung gegenüber. Die Berücksichtigung dieses Bestimmungsrechts schließt es jedenfalls bei einer Berufsart, wie sie hier vorliegt — Kläger, dem als Kind von der Straßenbahn ein Bein abgefahren worden war, hatte nach Austritt aus der Schule den Beruf eines Stahlgraveurs gewählt, — völlig aus, die haftpflichtige Betriebsunternehmerin mit dem Einwande zu hören, daß der Kläger in seinem Berufe verwandten Zweigen einen noch geringeren Ausfall in seinem Gewerbe haben würde. Dieselben Erwägungen lassen das Verlangen der beklagten Betriebsunternehmerin, daß der Kläger sich noch nachträglich den von ihr bezeichneten Branchen zuwende und die dazu erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten sich erwerben solle, als unberechtigt erscheinen. **RG.** **53** 48, R. **03** 109.

8. Eine Verpflichtung zur Erlernung einer neuen Erwerbsart liegt dem Verletzten nicht ob. **RG.** JW. **03** 67, R. **03** 215.

II. Rechtsverhältnisse des Versicherers.

1. Nur der Schaden, den der Getötete selbst erlitten hat, ist nach § 3 des HpflGes. zu ersetzen; daher hat auch eine Versicherungsgesellschaft keine selbständigen Ansprüche gegen den Betriebsunternehmer; sie kann nur diejenigen Ansprüche geltend machen, welche ihr nach dem Unfalle von dem Verletzten ausdrücklich übertragen worden sind. Reindl 132; Laß u. Maier 76, **RG.** Gruchots Beitr. **30** 422, JW. **02** 193, Egers eisenb. E.u.A. **19** 39. Dagegen Weber, Egers eisenb. E.u.A. **18** 274, der dem Verletzten insoweit, als er einen Anspruch gegen die Versicherungsgesellschaft hat, das Recht auf Entschädigung gegen den Betriebsunternehmer abspricht und daher auch die Möglichkeit einer Zession dieses Rechtes bestreitet.

2. Ein gesetzlicher Übergang der Ansprüche des Verletzten auf den Versicherer nach Analogie des § 140 des GewUnfVersGes. findet nach Haftpflichtrecht nicht statt; ebensowenig besteht eine allgemeine Rechtspflicht des Verletzten zur Abtretung seiner Ansprüche an den Versicherer, der letztere kann die Abtretung vielmehr nur auf Grund einer besonderen (etwa in dem Versicherungsvertrage getroffenen) Abmachung verlangen. Reindl 132; Weyl, Goldschmidts Z. **49** 374, OLG. Celle, Egers eisenb. E.u.A. **18** 28. A. M. Endemann, Lehrb. d. bürgerl. Rechts 559 Note 9; Laß u. Maier 76, die eine allgemeine Verpflichtung des Verletzten zur Abtretung seines Anspruchs gegen den Schadensstifter (hier Eisenbahnunternehmer) an die Versicherungsgesellschaft annehmen.

3. Wenn die Vereinbarung, daß durch Zahlung der Entschädigung die etwaigen, dem Versicherten gegen dritte Personen (hier den Eisenbahnunternehmer) zustehenden Entschädigungsansprüche auf die Versicherungsgesellschaft als Zessionarin übergehen sollen, in den Versicherungsbedingungen bereits getroffen ist, so tritt durch die Zahlung der Entschädigung ein Übergang der Forderung ein, ohne daß es eines erneuten Übertragungsakts bedarf; das ist aber keine gesetzliche Zession, sondern Übertragung einer künftigen Forderung. **RG.** JW. **02** 155, Egers eisenb. E.u.A. **19** 22, Archiv f. Eisenbahnwesen **03** 882. Wegen der Übertragung künftiger Forderungen s. eingehend o. zu § 398 BGB. Ziff. 2.

III. Die ersatzberechtigten Personen.

1. Durch § 3 ist der Kreis der ersatzberechtigten Personen gegen das bisherige Gesetz erweitert, indem nicht das im Augenblicke des Todes, sondern bereits der Zufügung der tödlichen Verletzung bestehende Recht auf Unterhalt für die Bemessung der Ersatzpflicht entscheidet. Zugunsten des „nasciturus" — bisher Streitfrage — ist dem Anspruch nunmehr im Gesetz ausdrückliche Berechtigung gegeben. Reindl 138, 139.

Entscheidend ist nicht, ob der Getötete im Zeitpunkte des Unfalls bereits Unterhalt gewährte, sondern ob er hierzu verpflichtet war. Der Unterhaltsberechtigte ist daher zur Klage auf Schadensersatz wegen Tötung des Unterhaltspflichtigen bereits berechtigt, bevor der Getötete noch die Fähigkeit zur Unterhaltsgewährung erlangt hatte. Der Schadensersatzanspruch ist in diesem Falle auf künftige Leistungen zu richten und zwar auf von dem Zeitpunkt ab zu erfolgende Leistungen, zu dem nach den regelmäßig und voraussichtlich eintretenden Verhältnissen der Getötete in der Zukunft Alimentation zu leisten in der Lage gewesen wäre. BayrObLG., SeuffA. **57** 408.

2. Für Ersatzanspruch nicht mehr (wie früher) entscheidend, daß der Getötete „zur Zeit seines Todes" unterhaltspflichtig war, sondern übereinstimmend mit § 844 BGB., daß der Getötete solches zur Zeit der Verletzung war oder es werden konnte. Hierdurch der nach bisheriger Rechtsprechung und Gesetz zulässig gewesene Anspruch der von dem Getöteten in der Zeit zwischen Verletzung und Tod geheirateten Ehefrau ausgeschlossen. Reindl 139.

3. Auch die als Geschäftsgehilfin ihres Ehemanns tätig gewesene Ehefrau wird bei Beeinträchtigung ihrer Erwerbsfähigkeit infolge eines Eisenbahnunfalls vermögensrechtlich geschädigt, wenigstens mittelbar, insofern der gemeinsame Vermögensstand der Ehegatten sich verschlechtert und hierdurch auch die Vermögenslage der Ehefrau (hinsichtlich Unterhaltsansprüchen, Sicherheit für das Eingebrachte usw.) in Mitleidenschaft gezogen wird, und hat demzufolge Ansprüche auf Schadensersatz gegen den Betriebsunternehmer, während dem Ehemanne, weil er nicht der Verletzte ist, solche Ansprüche nicht zustehen. **RG. 47** 84, vgl. JDR. **1** § 845 BGB.; Reindl 157; Eger, Komm. (5) 303, 325; a. M. Weber, Egers eisenb. E.u.A. **18** 273, der einen direkten Anspruch des nicht verletzten Ehegatten annimmt, wenigstens dann, wenn Lebensgemeinschaft zwischen den Ehegatten besteht.

Hat dagegen in einem solchen Falle der mitverunglückte Ehemann vom Betriebsunternehmer eine Entschädigung empfangen oder durch Urteil zugesprochen erhalten, welche nicht nur die Minderung seiner eigenen Erwerbsfähigkeit, sondern auch den ihm aus dem Unfalle seiner Ehefrau erwachsenen Vermögensnachteil ausgleicht, so ist das, wenn demnächst die Ehefrau wegen Minderung ihrer Erwerbsfähigkeit Schadensersatz fordert, zu berücksichtigen, weil, wenn der Ehemann trotz seines und seiner Ehefrau Unfall infolge der ihm zugesprochenen Entschädigung in seinen Einkünften keine Einbuße erlitten hat, für die Ehefrau, welche auch vor dem Unfalle keinen eigenen Erwerb gehabt und ihren Unterhalt

lediglich aus den Einkünften ihres Ehemanns bezogen hat, sich vermögensrechtlich durch den Unfall nichts geändert hat. RG. 47 92; vgl. JDR. 1 § 845 BGB.

4. Der Ersatzanspruch für die Witwe und Kinder des Getöteten kann in einer einheitlichen Summe (Rente) bemessen werden. Die Witwe, die als Hausmutter die Unterhaltsmittel für sich und ihre Kinder vom Manne zu beziehen hatte und den Kindern gegenüber selbständig alimentationspflichtig ist, stützt sich auch dann auf ein ihr zustehendes eigenes Recht, wenn sie den Schaden, den die Kinder durch den Verlust des Vaters und Ernährers erlitten haben, als ihren eigenen Schaden geltend macht, weil beim Wegfalle des alimentationspflichtigen Vaters ihre eigene Alimentationspflicht den Kindern gegenüber in Kraft tritt. Die Witwe kann daher allein die ihr und den Kindern zusammen gebührende Rente in einer Klage beanspruchen. Bei dieser Feststellung einer einheitlichen Rente bedarf es nicht der Feststellung im Urteile, welchen Einfluß der Tod oder die Wiederverheiratung der Witwe oder der Tod eines Kindes auf die Rente haben werde und in welchem Zeitpunkte der Anspruch jedes einzelnen Kindes wegfalle, weil es sich hier nicht um die Geltendmachung einer Alimentationsverbindlichkeit, sondern um einen Schadensersatzanspruch handelt. Eine entsprechende Abänderung des Urteils in diesen Richtungen kann gemäß § 323 Abs. 1 ZPO. verlangt werden. RG. SeuffA. 57 405, Egers eisenb. E.u.A. 19 212; JDR. 1 Ziff. 3c zu § 844 BGB.

IV. Rechtliche Natur des Anspruchs.

1. Die Unterhaltspflicht des Getöteten muß direkt auf Gesetz beruht haben; lediglich auf Vertrag oder Liberalität begründet gewesene Unterhaltsgewährung begründet keinen Anspruch für den Dritten. Eger, Komm. (5) 353; Aron a. a. O. 185; Reindl 140.

2. Die Entschädigungspflicht ist Surrogat der Unterhaltspflicht; ihr Umfang richtet sich daher seit dem 1. Januar 1900 auch für die vorher bereits eingetretenen Unfälle gemäß Art. 199 u. 203 des EGzBGB. nach BGB. — OLG. Karlsruhe, Egers eisenb. E.u.A. 18 23 u. 339.

3. Haftpflichtanspruch ein Schadensersatz- kein Alimentationsanspruch. Reindl 143 und dortige Zitate. RG. SeuffA. 57 405; vgl. JDR. 1 Ziff. 3c zu § 844 BGB. Folgerungen hieraus Reindl 143, 144.

V. Dauer und Erlöschen des Anspruchs.

1. Maßgebend für die Dauer des vom Betriebsunternehmer zu gewährenden Schadensersatzes nicht die Lebensdauer und Zeit der Alimentationsbedürftigkeit des Anspruchsberechtigten, sondern die mutmaßliche Lebensdauer des Getöteten. Reindl 144. Auch solchen Alimentationsberechtigten, welche nicht sofort, sondern erst nach der Verletzung späterhin hilfsbedürftig werden, steht der Anspruch aus § 3 der HpflGesNovelle zu. Aron 186; Reindl 146.

2. Der Anspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß an Stelle des Getöteten ein anderer den Unterhalt zu leisten hat. Aron 186; Reindl 150, v. Rutz, SeuffBl. 64 49; Laß u. Maier 106; a. M. Weber, Egers eisenb. E.u.A. 18 273. Der Betriebsunternehmer kann daher den ausgelegten Betrag nicht von dem subsidiär zum Unterhalte Verpflichteten im Regreßwege fordern. Reindl 150; a. M. Eger, Komm. (5) 391, 394.

3. Durch Wiederverheiratung der Witwe erlischt das Recht auf Fortgewährung des entzogenen Unterhalts an sich nicht. Da weder die Novelle z. HpflGes., noch die §§ 843 u. 844 BGB. hierüber sich aussprechen, bewendet es bei der im obigen Sinne lautenden bisherigen reichsgerichtlichen Judikatur, wonach es auf eine durch die neue Eheschließung etwa eingetretene Änderung der Verhältnisse gemäß § 7 des Ges. von 1871 anzukommen hat. Nunmehr nach Fortfall dieser letzteren Gesetzesbestimmung ist § 323 der ZPO. anzuwenden.

v. Rutz, SeuffBl. **64** 50; Reindl 149, OLG. Karlsruhe, Egers eisenb. E.u.A. **18** 25, sowie **RG.** SeuffA. **57** 405, Egers eisenb. E.u.A. **19** 212. Es ist daher auch unzulässig, die Gewährung der Rente an eine Witwe von vornherein an die Beschränkung zu knüpfen, daß die Witwe im Witwenstande verbleibe. **RG.** a. a. O. A. M. Weber, Egers eisenb. E.u.A. **18** 274. Vgl. JDR. **1** Ziff. 3c zu § 844 BGB.

4. Die Ansprüche aus dem Haftpflichtgesetze werden durch die Verurteilung des nach diesem Gesetze Haftpflichtigen bzw. des schuldigen Dritten zu einer Buße aufgehoben. Weinrich, Egers eisenb. E.u.A. **19** 164.

**§ 4.** 1. Eine Berücksichtigung des Vermögensvorteils, der dem Ersatzberechtigten infolge der Verletzung oder Tötung sonst zukommt, ist bei der Feststellung der Entschädigung nur im Rahmen des § 4 gesetzlich festgelegt; außerdem sind maßgebend die allgemeinen Grundsätze über compensatio lucri et damni. Nach letzteren sind mangels rechtlichen ursächlichen Zusammenhanges zwischen beiden Zahlungen Lebens- und Unfallversicherungssummen (abgesehen von § 4) sowie Pensionen aus privaten Pensionskassen nicht auf die Haftpflichtentschädigung anzurechnen. Eger, Komm. (5) 422ff.; Reindl 151; Staudinger, Komm. z. BGB. II 16 Anm. 5; Weyl, Goldschmidts Z. **49** 372; Oertmann, Vorteilsausgleichung 129, 135; Laß und Maier 88 u. 106 Note 49. JDR. **1** Ziff. 4d zu § 843 BGB. A. M. Hiestand, Der Schadensersatzanspruch des Versicherers gegen den Urheber der Körperverletzung oder Tötung des Versicherten" 88 und Weber, Egers eisenb. E.u.A. **18** 274 sowie Weinrich (2) 74 Egers eisenb. E.u.A. **19** 163. Nach letzterem ist für die Einrechnung von nicht unter § 4 fallenden Beträgen, insbesondere von Unfallversicherungssummen, der Gesichtspunkt der Bereicherung maßgebend. Daß die Unfallversicherungssumme auf Grund des Versicherungsvertrags, die Entschädigung auf Grund des Hpfl. Ges. zu zahlen ist, sei hierbei belanglos, da es nur darauf ankomme, daß und nicht darauf, warum der Verletzte von der Versicherungsgesellschaft etwas erhalte. Ob eine Bereicherung vorliege und demnach Einrechnung Platz zu greifen habe, sei eine tatsächliche Frage, die der Revision entrückt sei.

2. Dagegen nimmt bezüglich der auf Gesetz beruhenden Pensionen Zulässigkeit der Anrechnung an. **RG. 14** 114, **17** 47, 48; Rümelin, Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrechte, AzivPr. **90** 280 Note 134; Reindl 151, 152. A. M. Eger, Komm. (5) 424—426 u. 428; Dernburg BürgR. II 74; Laß und Maier 88 Note 42.

**§ 7.** Wesentliche Abänderungen des früheren § 7.

1. Rentenleistung für Schadensersatz nach §§ 3 u. 3a nunmehr als obligatorisch erklärt. Nur ausnahmsweise, „wenn ein wichtiger Grund vorliegt" (BGB. § 843 Abs. 2), kann statt der Rente Kapitalabfindung verlangt werden; entscheidend hierfür richterliches Ermessen. Aron 187, Mot. II 785. So namentlich, wenn der Ersatzpflichtige für die Rentenzahlung Sicherheit nicht zu leisten vermag, oder der Verletzte durch Gewährung eines Kapitals seine ökonomische Lage wesentlich verbessern kann. Aron 187; Eger (5) 526, 528; Reindl 185; Laß u. Maier 87. Nur mehr Geldrente, nicht mehr Naturalrente. Rutz 82, Reindl 184. Kapitalabfindung gegen den Willen des Berechtigten ist ausgeschlossen. Reindl 185, Planck 643 Note 13, Staudinger II 744 Anm. 1, Laß u. Maier 87. Parteivereinbarung über Entschädigung in Kapital nach wie vor zulässig. Eger (5) 490, Reindl 185; a. M. Cörmann 104 Anm. 6. Über Berechnung des Abfindungskapitals s. JDR. **1** Ziff. 2 zu § 843 BGB.

2. Die Geldrente ist auf drei Monate voraus zahlbar (§ 760 BGB.) und fällig für diese Zeitfrist, auch wenn der Berechtigte nur den Beginn derselben erlebt hat. Reindl 186, Aron 187. Die ursprünglich nicht verlangte Sicher-

heitsleistung ist auch nachträglich, event. eine Erhöhung derselben, noch zuzusprechen, wenn sich die Vermögensverhältnisse des Verpflichteten erheblich verschlechtert haben; vgl. auch § 324 ZPO. Näheres hierüber bei Eger 531 ff., Reindl 199 ff.

3. Abs. 2 des § 7 des Ges. v. 1871 beseitigt und durch § 323 ZPO. ersetzt. Sog. Umwandlungsklage. Näheres hierüber: Jäger, Umwandlungsklage im deutschen Haftpflichtrechte jetzt und nach 1900; Reindl 190 ff.; Gaupp, Komm. z. ZPO. (4) 723 ff.

4. Die Klage auf Abänderung des früheren Urteils nach § 323 ZPO. ist nicht eine Fortsetzung des durch das frühere Urteil abgeschlossenen Prozesses; es ist deshalb für diese Klage nicht der Gerichtsstand des § 767 ZPO. gegeben, zuständig ist vielmehr das Gericht, in dessen Bezirk der jetzige Beklagte wohnt. **RG.** JW. **02** 608, Egers eisenb. E.u.A. **19** 263, SeuffA. **58** 288.

5. § 7 HpflGes. oder § 323 ZPO. finden auf Vergleiche keine Anwendung, sondern schränken lediglich die Wirkungen der Rechtskraft zugunsten einer Nachklage ein. **RG.** Archiv f. Eisenbahnwesen **04** 480.

6. Obwohl der Haftpflichtanspruch Schadensersatz- und nicht Alimentationsanspruch (s. oben Ziff. IV zu § 3), wird im Hinblick auf die ökonomische Bestimmung des gedachten Anspruchs derselbe in gewissen Richtungen mit dem Schutze der Alimentenforderung umgeben und hiernach Übertragbarkeit und Pfändbarkeit sowie die Zulässigkeit der Aufrechnung gegen dieselbe ausgeschlossen und in Ansehung der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urteils auf Rentenleistung § 708 Ziff. 6 ZPO. für anwendbar erklärt. Aron 187, Rutz 85, Reindl 187 ff.

**§ 8.** 1. In Ansehung der Verjährung sind im neuen § 8 der Novelle die allgemeinen Vorschriften des BGB. über Verjährung unter Beibehaltung der zweijährigen Verjährungsfrist — auch gegenüber Minderjährigen — für anwendbar erklärt (§§ 202 ff. BGB.). Staudinger VI 74, Reindl 202 ff., Eger (5) 536 ff.

2. Die Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung der Verpflichtung zum Ersatze des durch eine Körperverletzung dem Verletzten entstehenden Schadens wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß ein solcher Schaden zur Zeit der Klageerhebung bzw. des Erlasses des Urteils noch nicht eingetreten ist. Es genügt in dieser Hinsicht, daß die Einwirkung der Verletzung eine solche ist, daß der demnächstige Eintritt schädlicher Folgen nicht ausgeschlossen ist.

Ein Interesse des Klägers an der alsbaldigen Feststellung des bezüglichen, bedingten Schadensersatzanspruchs kann in der einfacheren und weniger kostspieligen Rechtsverfolgung gegen eine erst später nach Eintritt des Schadens zu erhebende Klage gefunden werden. Auf das Verfahren zur Sicherung des Beweises braucht sich der Verletzte in einem solchen Falle nicht verweisen zu lassen. **RG.** R. **02** 296.

3. Die Verjährung wird durch die Feststellungsklage unterbrochen; die Unterbrechung dauert bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Prozesses (§ 211 BGB.). Ist das auf Feststellung des Anspruchs ergangene Urteil rechtskräftig geworden, so verjährt der Anspruch in 30 Jahren (§ 218 BGB.). Die Feststellungsklage ist innerhalb der zweijährigen Verjährungsfrist zu erheben. Weinrich, Haftpflicht 162; Egers eis. E.u.A. **19** 167.

4. Ist die Entschädigungsklage nur wegen zu mangelhafter Begründung abgewiesen, so darf der neuen Klage weder die Einrede der Rechtskraft noch die Einrede der Verjährung entgegengesetzt werden, da in solchem Falle keine Entscheidung in der Sache selbst vorliegt und derjenige, welcher mit seiner Klage nicht durchdringt, nicht säumig gewesen oder gar die Verfolgung seines Rechtes auch nur vorübergehend aufgegeben hat. **RG.** JW. **02** 604, Egers eisenb. E.u.A. **19** 262.

**§ 9.** Von Bedeutung ist, daß der jetzige § 9 nicht mehr, wie § 9 des Ges. v. 1871, von „landesgesetzlichen", sondern schlechtweg von „gesetzlichen" Vorschriften spricht, nach denen der Betriebsunternehmer außer den in der HpflGes.-Novelle vorgesehenen Fällen haftet. Unter diesen „gesetzlichen" Vorschriften sind nach Beseitigung des landesgesetzlichen bürgerlichen Rechtes lediglich die Vorschriften der Reichsgesetze, so insbesondere auch der Unfallversicherungsgesetze verstanden. Art. 105 EGzBGB. hiergegen nur scheinbar sprechend; denn dort sind lediglich jene landesgesetzlichen Normen getroffen, welche wie § 25 des preuß. Eisenbahngesf. v. 3. Nov. 1838 eine vom Verschulden unabhängige Haftpflicht wegen Sachbeschädigung statuieren. Durch das RHpflGes. v. 1871 u. Art. 42 EG. wird nur die Haftpflicht für Beschädigung von Personen geregelt. Staudinger VI 74, v. Rutz 90, Laß u. Maier 109, Aron 189, sowie Eger (5) 586/587. A. M. Reindl, Ztg. d. Ver. D. EisVerw. **97** 339 u. Haftpflichtr. 213; Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen 14 u. Oesterlen, Egers eisenb. E.u.A. **15** 367 Anm. 1.

---

# Das Personenstandsgesetz

## in der seit dem 1. Januar 1900 geltenden Fassung.

Literatur: Kruse, Das Standesamt, Berlin 1902 (6. Aufl. von: Wohlers, Gesetz vom 6. 2. 75). — Philler, Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes usw. (2), Berlin 1900. — Hinschius, Kirchenrecht 1884. — Ders., Personenstands-Gesetz (3). — Sartorius, Komm. zum Personenstands-Gesetz. — Weyl, Der Name der Findelkinder und anderen Namenlosen, Standesamt 2 Nr. 7—12, auch Sonderabdruck Leipzig 1903.

**§ 1.** Philler 22: Im § 1 ist der Grundsatz zum Ausdrucke gebracht, daß die Beurkundung des Personenstandes wesentlich eine Staatsangelegenheit sein soll. Hieraus folgt, daß die mit der Standesbuchführung beauftragten Beamten als Organe des Staates zu fungieren haben.

Kruse 2: Im Auftrag und unter Aufsicht des Staates soll den Gemeinden die Standesbuchführung obliegen. Die Vorsteher und Beamten der Gemeinden sind nach näherer Vorschrift der §§ 4 ff. zur Übernahme der Geschäfte verpflichtet. Dem Staate steht gleichwohl überall die Befugnis zu, statt der Gemeindebeamten und -vorsteher nach eigenem freien Ermessen andere Personen zu Standesbeamten zu bestellen.

**§ 3.** Gegen Hinschius, Kirchenrecht 38, nimmt Philler 24 Anm. 8 an, daß auch emeritierte katholische Geistliche als Standesbeamte bestellt werden dürfen.

**§ 4.** 1. Vorsteher der Gemeinde im Sinne des Abs. 1 ist auch in Gemeinden mit kollegialischem Vorstande der Bürgermeister als der Vorsitzende desselben. Kruse 20.

2. Die Bestimmung in Abs. 4 läßt nicht den Rückschluß zu, daß alle anderen Standesbeamten — außer den vom Gemeindevorstand ernannten besonderen Standesbeamten — unmittelbare Staatsbeamte seien, denen z. B. die Funktion als Wahlvorsteher (§ 9 Abs. 2 des Reichswahlges. v. 31. 5. 69) nicht übertragen werden könne. Kruse 22.

Ebenso Philler 26, welcher ferner ausführt: Aus Abs. 4 folgt nur, daß die Standesbeamten in disziplinarer Beziehung den Gemeindebehörden sich unterordnen müssen; Aufträge der staatlichen Verwaltungsbehörden können daher nicht unmittelbar, sondern nur durch Vermittelung der Gemeindebehörden ihnen zugehen. An dem Grundsatze des § 1, daß das Standesamt nicht als

eine kirchliche, sondern als eine staatliche Funktion anzusehen ist, hat nicht gerüttelt werden sollen; nicht nur die Staatsbeamten, sondern auch die Gemeindebeamten können ihre Tätigkeit als Standesbeamte nur kraft Vollmacht des Staates ausüben.

3. Anspruch auf Anstellung für Lebenszeit und Anspruch auf Pension haben die gemäß § 4 ernannten besonderen Standesbeamten nicht. Philler 26; vgl. auch **RG. 39** 262.

**§ 11.** 1. Abs. 3. Philler 33: Die Beschwerdeführung bestimmt sich nach FrGG. (§§ 19, 21, 27, 28, 29). Die die Disziplin, den Geschäftsgang und Verzögerungen betreffenden Beschwerden sind jedoch nach Abs. 1 des § 11 im Aufsichtswege zu entscheiden.

2. KGJ. **21** A 50, R. **01** 172 (KG.): Die Ablehnung der Vornahme einer Amtshandlung liegt nicht nur dann vor, wenn der Standesbeamte schlechthin sich weigert, eine Amtshandlung vorzunehmen, sondern schon dann, wenn er sie nur so, wie sie beantragt ist, verweigert oder ihre Vornahme an ungerechtfertigte Bedingungen knüpft.

OLG. **5** 445, R. **01** 514 Nr. 2080 (KG.): Gegen die Anweisungen des Amtsgerichts auf Grund des § 11 steht dem Standesbeamten kein Beschwerderecht zu.

OLG. **6** 19 (Dresden): Gegen die auf Grund des § 11 Abs. 3 getroffenen gerichtlichen Verfügungen findet die einfache Beschwerde nach Maßgabe des FrGG. statt. Das Gericht ist deshalb zu einer Änderung seiner Verfügung anders wie in den Fällen des § 70 FrGG. in Verbindung mit §§ 65, 66 PStG. befugt.

**§ 12.** 1. Über die Eintragung fremdsprachlicher Namen in die Standesregister vgl. die Ministerialerlasse vom 11. 3. 98 (MinBl. d. i. V. **98** 58).

2. OLG. **4** 297 (KG.): Von Rechts wegen endet der mit „ki" schließende polnische Name des Mannes auch für die Frau mit „ki". Dem Sprachgebrauche läßt sich nur dahin Rechnung tragen, daß, wenn die Frau den polnischen Namen des Mannes mit der Schlußsilbe „ka" führt, darin bei entsprechender Familiensitte nicht die Führung eines falschen Namens zu finden ist. Die Eintragung des Namens der Frau mit der Schlußsilbe „ki" kann deshalb eine Unrichtigkeit des Standesregisters nicht bewirken. Eine andere Frage ist, wieweit im Aufsichtswege der Standesbeamte zur Eintragung der Endsilbe „ka" anzuhalten ist. Vgl. R. **02** 291.

**§ 13.** PosMschr. **04** 28, R. **04** 198 (KG.): Das Fehlen der Unterschrift eines zur Herbeiführung einer Standesregistereintragung Erschienenen berührt die Gültigkeit der Eintragung, welche durch die Unterschrift des Standesbeamten wirksam wird, nicht. Die Bestimmung des § 13 Nr. 5 ergibt, daß das Gesetz die Unterzeichnung der Eintragung durch den Erschienenen nicht schlechthin als wesentliche Voraussetzung für die Wirksamkeit der Eintragung ansieht, vielmehr den Ersatz der Unterzeichnung durch Angabe des Grundes ihrer Unterlassung gestattet. Ebenso Hinschius (3) 60; Sartorius 115.

**§ 20.** Nach Hinschius a. a. O. ist nicht die Entbindung innerhalb der Anstaltsmauern entscheidend, sondern die Tatsache, daß die Person, welche dort geboren hat, in die Anstalt zu dem Zwecke, welchem diese dient, aufgenommen ist. Die in den Familien der Anstaltsbeamten vorkommenden Geburtsfälle gehören daher nicht hierher.

**§ 22.** Vgl. JDR. **1** zu § 12 BGB. unter „Vorname".

Der Vater hat das ausschließliche Recht, die Vornamen des Kindes zu bestimmen. Diese Vornamen werden nur auf mündliche Anzeige beim Standesbeamten eingetragen. LG. Schneidemühl, PosMschr. **01** 89.

**§ 24.** Über den Namen von Findelkindern und anderen Namenlosen vgl. Weyl, Standesamt 2 Nr. 7—12, auch Sonderabdruck Leipzig 1903 o. Ziff. 2 zu § 12 BGB.

**§§ 25, 26.** Die Legitimation des unehelichen Kindes kann auf Grund einer dem Standesbeamten gegenüber abgegebenen Erklärung nur dann in das Standesregister eingetragen werden, wenn die Erklärung zu Protokoll genommen ist. OLG. **2** 371 (KG.).

Der Standesbeamte hat die Pflicht, auf Antrag die Erklärung zu beurkunden, durch welche ein in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter bei der Anzeige der Geburt eines unehelichen Kindes seine Vaterschaft anerkennt. BayrObLG., R. **01** 514.

Erkennt ein Ehemann in einem nach den Bestimmungen des BGB. vor einem Notar errichteten Testamente seine Vaterschaft zu einem von seiner Ehefrau vor Eingehung der Ehe unehelich geborenen Kinde an, so ist die durch die nachfolgende Ehe erfolgte Legitimation des Kindes durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen und darf die beantragte Eintragung eines sie ersichtlich machenden Vermerks im Geburtsregister nicht abgelehnt werden. BayrObLG., R. **02** 435.

**§ 54.** 1. Der Beweis der erfolgten Eheschließung kann auch in anderer Weise als durch das Personenstandsregister geführt werden, selbst ein Indizienbeweis ist nicht ausgeschlossen. Kruse 144. Vgl. RG. **11** 425.

2. Unter dem „Stande" des Eheschließenden im Sinne des Abs. 1 Nr. 1 ist nicht der Familienstand (ledig, verwitwet, geschieden), sondern die Stellung im bürgerlichen Leben zu verstehen. R. **01** 172 Nr. 541, KGJ. **21** A 50 (KG.). Vgl. RG. Strafs. **24** 363.

**§ 55.** Böhms Z. **13** 589, OLG. **7** 412 (KG.): Die im Ausland erfolgte Nichtigkeitserklärung einer Ehe darf nur im Falle der Beibringung eines inländischen Urteils in das inländische Standesregister eingetragen werden.

OLG. **6** 19 (Dresden): Ein Vermerk über die Ungültigkeitserklärung einer Ehe darf auf Grund eines ausländischen Urteils nur bewirkt werden, wenn dieses Urteil durch ein inländisches Vollstreckungsurteil Anerkennung gefunden hat (§§ 328, 722 ZPO.).

**§ 56.** Das Gesetz spricht von „Wochentagen", nicht von „Werktagen", so daß an Feiertagen, die auf einen Wochentag fallen, Anmeldungen geschehen müssen. Philler 75; Kruse 148.

**§ 57.** Die Familienglieder sind nicht anzeigepflichtig. Philler 75. Vgl. KGJ. 8 19.

**§ 65.** R. **01** 514 Nr. 2079 (KG.): Die Berichtigung des Standesregisters ist auch dann vorzunehmen, wenn eine Eintragung gemäß einer abgegebenen Erklärung richtig bewirkt, die Erklärung aber ihrem Inhalte nach unrichtig ist. Vgl. OLG. **4** 297 (oben zu § 12).

OLG. 5 340 (KG.): Liegt Identität des Namens vor (Wladislaw = Ladislaus), so bewirkt die bloße polnische Schreibweise keine Unrichtigkeit des Registers, mag sie auch instruktionswidrig sein.

KGJ. **21** A 53: Zur Anordnung der Berichtigung einer vor dem 1. Januar 1876 bewirkten Eintragung in das Standesregister sind die Amtsgerichte zuständig.

**§ 66.** 1. Philler 81: Gegen eine Verfügung, durch die angeordnet wird, daß eine Eintragung in dem Standesregister zu berichtigen ist, findet die sofortige Beschwerde statt. Die Verfügung tritt erst mit der Rechtskraft in Wirksamkeit (§ 70 FrGG.). Die Beweiskraft der Berichtigungen regelt sich nach den Bestimmungen über die Beweiskraft der Eintragungen überhaupt.

2. KGJ. **21** A 53, R. **01** 235 Nr. 813: Den Gerichten liegt nicht ob, zu

prüfen, ob ein seitens der Aufsichtsbehörde von Amtswegen gestellter Berichtigungsantrag auch im öffentlichen Interesse geboten war.

3. KGJ. **21** A 181: Das Recht, dessen Beeinträchtigung die Befugnis zur Beschwerde verleiht, ist nicht notwendig ein privates, kann vielmehr auch durch das öffentliche Recht begründet sein. Durch den § 20 Abs. 1 FrGG. ist in die Beschwerdeberechtigung, die sich für bestimmte Personen aus anderen Reichsgesetzen ergibt, nicht eingegriffen.

4. R. **01** 514 Nr. 2080, OLG. **5** 445 (KG.): Gegen einen Gerichtsbeschluß, der die Berichtigung eines Standesregisters anordnet, steht dem Standesbeamten die Beschwerde nicht zu. So schon KGJ. 8 25.

5. R. **01** 173 411, KGJ. **21** A 181 (KG.): Die standesamtlichen Aufsichtsbehörden sind befugt, gegen die im Verfahren auf Berichtigung einer Eintragung im Standesregister ergehenden gerichtlichen Entscheidungen Beschwerde einzulegen.

---

# Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes.

vom 27. Mai 1896.

Vorbemerkung: Einen Sammelpunkt für die Erörterung aller Fragen, welche das Gebiet des unlauteren Wettbewerbs berühren, bietet die Zeitschrift „Unlauterer Wettbewerb". Die dort niedergelegten Arbeiten lassen erkennen, daß eine Fortentwickelung des Gesetzes vor allem sich an die Rechtsprechung anschließt. Die allgemeinen Gesichtspunkte, welche aufgestellt worden sind, haben sich zum größten Teile erst bei der Behandlung des einzelnen Falles ergeben. Daher nehmen im folgenden auch die Entscheidungen der Gerichte den breitesten Raum ein. Größere umfassendere Arbeiten sind bisher nur vereinzelt erschienen; diese sind unten im Literaturverzeichnis erwähnt. Hingewiesen sei hier auf die Arbeit von Poeschl, welcher eine große Zahl von Entscheidungen mitteilt, die sonst nicht abgedruckt sind. Bei der Auswahl der Entscheidungen sind nur vereinzelt solche, welche vor 1900 ergangen sind, berücksichtigt worden. Das Verhältnis des Gesetzes zum BGB. (vgl. unten § 1 I Ziff. 5) ist an den betreffenden Stellen des Jahrbuchs bereits eingehend berücksichtigt worden; es konnte daher hier von einer nochmaligen Anführung Abstand genommen werden. — Ein nicht unerheblicher Teil der Aufsätze, welche das Gebiet des unlauteren Wettbewerbs behandeln, beschäftigt sich mit Fragen der Reform. Sie sind, dem Zwecke des Jahrbuchs gemäß, nicht erwähnt worden. Für denjenigen, der sich mit dem Wettbewerbsgesetze wissenschaftlich befaßt, bringen sie manches Wertvolle; deshalb sei hier darauf hingewiesen. — Der § 9 des Gesetzes ist Gegenstand einer vortrefflichen Abhandlung von Friedländer gewesen (vgl. Literaturbemerkung zu § 9); er behandelt die einschlägigen Fragen mit großer Gründlichkeit und erzielt brauchbare Ergebnisse.

Literatur: Kohler, Das Verbrechen des unlauteren Wettbewerbs, Breslau 1901. — Leonhardt, Der unlautere Wettbewerb und seine Bekämpfung, Wien 1903 (enthält eine kurze Darstellung des Gesetzesinhalts). — Poeschl, Die Praxis des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Berlin 1902.

**§ 1.** I. Allgemeines.

1. **RG. 48** 114: Das Gebiet des unlauteren Wettbewerbs ist durch das Gesetz vom 27. 5. 96 nicht ausschließend geregelt; dasselbe bezweckte, die besonders ausgeprägt zutage tretenden Auswüchse des mißbräuchlichen Wettbewerbs abzuschneiden. Ergänzend treten die allgemeinen Bestimmungen des BGB., namentlich § 826, in die Lücke.

2. a) RG. JW. 02 275: Nicht jede Reklame mit unrichtigen Angaben fällt unter das Wettbewerbsgesetz. Durch dasselbe soll der Wettbewerb nur insoweit er unlauter ist, die Reklame nur insoweit, als sie sich als Auswuchs darstellt, getroffen werden. Insbesondere fällt auch die der Angabe unwahrer Tatsachen sich bedienende Reklame nicht unbedingt, sondern nur in dem Falle unter den § 1 des Ges., daß sie objektiv geeignet ist, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Vgl. RG. Straff. 32 28, unten § 10 Ziff. 1.

RG. UnlW. 1 77: § 1 will nur die schwindelhafte Reklame treffen, keineswegs aber den einen Konkurrenten vor Eingriffen in sein Gebiet durch einen anderen Konkurrenten schützen; diesem Zwecke dient nur § 8, soweit unlautere Beeinträchtigung vorliegt, und das Warenzeichengesetz. Vgl. RG. Straff. 35 236.

b) M. M. Kohler 90 ff.: Das Wesen der Reklame besteht in einer lobenden Hervorhebung eines Gegenstandes unter Erweckung des öffentlichen Interesses hierfür. Es ist also notwendig ein öffentlich erfolgtes Lob. Dieses kann sowohl in der Anführung von Tatsachen liegen, die als Grundlage für ein vom Adressaten der Reklamemitteilung sich selbst zu bildendes Werturteil dienen sollen, wie auch in der Aufstellung des Urteils selbst. Beides bedarf der Kundgebung, der Mitteilung an den Empfänger der Reklameerklärung.

3. RG. R. 01 125: Unlauterer Wettbewerb, begangen durch Behauptungen über die gewerblichen Leistungen eines anderen, die in einem in Deutschland geschriebenen, ins Ausland gerichteten und gehenden Briefe enthalten sind, unterfällt dem deutschen Gesetze.

4. UnlW. 3 14 (KG.): Vor der Klaganstrengung wegen unlauteren Wettbewerbs bedarf es keiner Aufforderung, da derjenige, welcher unrichtige Angaben gemacht hat, durch die Tatsache der Verbreitung zur Klage Anlaß gegeben hat. Daher treffen den Beklagten, selbst wenn er den Anspruch sofort anerkennt, die Kosten.

5. Verhältnis des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs zum BGB.. Vgl. JDR. 1 zu § 824 Ziff. 2, 6; zu § 826 Ziff. 5; 2 zu § 823 Abs. 1 Ziff. 7u (500), Abs. 2 Ziff. 3f (502); zu § 824 Ziff. 6; § 826 Ziff. 7.

II. 1. Handelskammern sind als Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen im Sinne des § 1 anzusehen. OLG. Karlsruhe, GRschutz 01 243. Vgl. RG. Straff. 35 269; Fuld, UnlW. 1 142, Dorn, ebenda 2 18.

2. RG. Straff. 35 267, DJZ. 02 534 (KG.): Ärztekammern sind zur Stellung von Strafanzeigen wegen unlauteren Wettbewerbs befugt. KG., DJZ. 03 431: Sie sind als Nebenkläger zuzulassen.

3. RG. Straff. 36 108: Berechtigt zur Stellung eines Strafantrags nach § 12 ist auch der Kreisarzt.

4. RG. JW. 00 79: Ein Verein, welcher die Förderung und Vertretung gemeinsamer gewerblicher Interessen seiner Mitglieder bezweckt, kann nicht klagen, wenn nur einzelne Mitglieder in ihrem Rechte verletzt werden. Zu den gemeinsamen Interessen gehört mangels besonderer Bestimmung nicht der auf widerrechtlicher Schädigung beruhende Unterlassungsanspruch der einzelnen Mitglieder des Vereins, da derselbe nur das Interesse der einzelnen Mitglieder zur Grundlage hat.

III. OLG. 1 470 (München): Die öffentlichen Bekanntmachungen oder für einen größeren Personenkreis bestimmten Mitteilungen brauchen von der angepriesenen Ware äußerlich nicht getrennt zu sein; sie können auf der Ware enthalten sein. Dies wird dann öfter der Fall sein, wenn die Ware, auf welche die unlautere Reklame sich bezieht, ein Preßerzeugnis ist.

IV. Unrichtige Angaben tatsächlicher Art.

A. Allgemeines.

1. **RG. 46** 51, JW. **00** 397: Unter Angaben tatsächlicher Art kann man zweierlei verstehen: Angaben über vorhandene Tatsachen oder Angaben, die geeignet sind, in dem Publikum die Vorstellung zu erwecken, daß diesen Angaben auch vorhandene Tatsachen entsprechen.

2. a) Bei den unrichtigen Angaben im Sinne des § 1 kommt es nicht darauf an, was der Verbreiter hat ankündigen wollen, sondern was er dem Publikum gegenüber in nicht anders zu deutender Weise tatsächlich angekündigt hat. Für den Inhalt der Ankündigung ist aber die Auffassung des beteiligten Publikums maßgebend. **RG.** JW. **02** 138.

b) Ob eine Bezeichnung irreführt, dafür ist entscheidend die Auffassung der Kundschaft, des Publikums, hinsichtlich des Sinnes der Anpreisungen. Auf die Absicht des Ankündigenden kommt es nicht an. **RG.** JW. **01** 13, 14; vgl. JW. **00** 624; **02** 276, 547; **03** 405.

c) **RG.** UnlW. **1** 76: Wenn ein Gewerbetreibender zur Bezeichnung seines Geschäfts im gewerblichen Verkehre willkürlich einen an sich mehrfacher Deutung fähigen Ausdruck wählt, dessen Bedeutung in dem Sinne, daß er eine unrichtige Angabe der im § 1 Wettbewerbsges. bezeichneten Art enthält, verstanden werden kann und auch tatsächlich von einem erheblichen Teile des beteiligten Publikums verstanden wird, so macht er damit eine Angabe, die in gewissem, für den Verkehr bedeutendem Sinne unrichtig ist. Auch Angaben dieser Art, welche zum Schaden der Konkurrenz das Publikum irrezuführen geeignet sind, sind nicht zulässig.

3. **RG.** JW. **00** 858 (vgl. 476, 761): Auch die Aufstellung einer Ansicht, eines Urteils, kann eine Behauptung tatsächlicher Art enthalten, wenn das Urteil etwas als geschehen oder als vorhanden, also in einer Weise aufstellt, daß das Behauptete in bezug auf seine Richtigkeit oder Unrichtigkeit im gegebenen Falle objektiv festgestellt werden kann. OLG. Dresden, DJZ. **02** 440; vgl. **RG.** JW. **01** 125, 658, vgl. § 6 Ziff. 3 a ζ.

B. Fälle, in denen das Vorhandensein unrichtiger Angaben angenommen ist.

1. **RG.** R. **02** 463: Eine Firma darf nicht bekannt machen: „10 pCt. Rabatt auf die schon ermäßigten Preise", wenn sie die fraglichen Preise zwar im vorigen Jahre erheblich ermäßigte, aber im laufenden Jahre etwas erhöht hatte. Hier wird die Möglichkeit für die Auffassung des Publikums nahe gelegt, daß das Wort „die" mit „alle" gleichbedeutend sei.

2. Unter den § 1 fallen auch Angaben, die durch ihre unklare Fassung Mißverständnisse herbeiführen, OLG. Breslau, GRschutz **01** 236, **RG.** R. **02** 24, und solche Angaben, die ihrem Wortlaute nach den wahren Sachverhalt schildern, in Wirklichkeit aber vom Publikum anders verstanden werden. **RG.** Straff. **34** 163.

3 a) **RG. 46** 54: Bei einer auf Künftiges gehenden Ankündigung, z. B. in 8 Tagen finden Spezialtage für Glas und Porzellan statt, kann das Vorliegen unrichtiger Angaben tatsächlicher Art nur dann angenommen werden, wenn nach der objektiven Sachlage im Zeitpunkte der Ankündigung davon auszugehen war, daß sie nicht pünktlich werde erfüllt werden, und dieserhalb schon damals die später eingetretene Nichterfüllung in Betracht zu ziehen war. Selbstverständlich sind auch bei Prüfung dieser Frage nicht bloß die in jenem Zeitpunkte getroffenen Anordnungen, sondern das gesamte Geschäftsgebahren und selbst die Vorkommnisse nach dem Erscheinen der Bekanntmachung, soweit diese einen Rückschluß auf jene frühere Sachlage gestatten, zu berücksichtigen. Die Eigenart der in dem Geschäftsverkehre überwiegend verwendeten öffentlichen Be-

kanntmachungen besteht gerade darin, daß sie nach ihrer durch den Eintritt in die Öffentlichkeit erfolgten Bewirkung bestimmungsgemäß noch kürzere oder längere Zeit fortdauern. Die durch ein am 28. Februar angeheftetes Plakat, in dem mit dem Datum vom 28. Februar auf den 3., 4. und 5. März ein Ausverkauf angezeigt wird, erfolgende öffentliche Bekanntmachung ist zwar erfolgt mit dessen Anheften am 28. Februar; sie ist aber nicht beendet mit diesem Anheften, sondern sie dauert fort bis zu dem Zeitpunkte des Entfernens des Plakats oder bis zu dem Ablaufe der in der Ankündigung für die Veranstaltung etwa bestimmten Zeit. Gleiches gilt von der in einer Tageszeitung gemachten öffentlichen Bekanntmachung; sie ist zwar bewirkt mit dem Erscheinen des betreffenden Zeitungsblatts, sie ist aber damit nicht beendet. Diese Beendigung tritt hier gleichfalls erst mit dem Zeitpunkte ein, in dem nach allgemeinen Erfahrungen jene Nummer, weil veraltet, nicht mehr vom Publikum, für das jene Bekanntmachung bestimmt ist, gelesen wird. Danach würde sich eine am 28. Februar erscheinende Zeitungsannonce über „Spezialtage" am 3., 4. und 5. März für diese Tage auf Gegenwärtiges dann beziehen, wenn nach allgemeinen Erfahrungen jenes Blatt oder doch jene Annonce von dem hier in Betracht kommenden Publikum am 3., 4. und 5. März noch gelesen wird, und die darin enthaltene Bekanntmachung daher an diesen Tagen noch nicht beendet war. Wenn daher die angekündigte Veranstaltung an einem dieser Tage dem Inhalte der Bekanntmachung nicht entspricht, so sind dadurch für dieses Stadium der fortdauernden Bekanntmachung die darin enthaltenen Angaben unrichtig, ohne daß es auf die Ernstlichkeit des Wollens des Ankündigenden im Zeitpunkte des Erscheinens der Bekanntmachung noch ankäme, und damit alle Voraussetzungen für dieses Erfordernis des § 1 Abs. 1 erfüllt.

b) OLG. Dresden, SeuffA. **55** 403 vgl. unten C Ziff. 3b: Die Ankündigung von billigen Ausnahmetagen enthält unwahre Angaben, wenn sie bedeutet, daß im *allgemeinen* zu enorm billigen Preisen verkauft werde, obgleich nur Teile des Lagers zu billigeren Preisen zum Verkaufe gestellt sind. Anzeigen dieser Art enthalten daher keine unrichtigen Angaben, wenn sie bedeuten, daß für die festgesetzten Tage nur einzelne Warengattungen im Preise herabgesetzt seien oder bestimmte, hierzu besonders angeschaffte Warenposten zum Verkaufe kämen.

4. **RG.** Straff. **36** 430: Die Ankündigung einer Ware „von prima Qualität" kann eine Angabe tatsächlicher Art über deren Beschaffenheit sein. Dies ist der Fall, wenn Schuhe „prima Qualität" angepriesen werden, da hierunter nur solche aus gutem haltbaren Leder verstanden werden.

5. **RG.** Straff. **36** 431: Die Erklärung, eine Ware entstamme „einem übernommenen Fabriklager", bildet eine unwahre Angabe über die Art des Bezugs, wenn die Ware nicht als große *einheitliche* Masse übernommen ist.

6. **RG.** Straff. **35** 235: In der Bekanntmachung „zu staunend billigen festen Taxpreisen" ist eine Angabe tatsächlicher Art über die *Preisbemessung* enthalten. Hierin liegt eine Hinweisung auf eine stattgehabte Taxierung. Vgl. auch C Ziff. 3a.

7. LG. I Berlin, KGBl. **00** 11: Eine unrichtige Angabe im Sinne des § 1 liegt vor, wenn der Inhaber eines eingetragenen Warenzeichens auf seine Waren selbst die Bezeichnung *patentamtlich geschützt* anwendet. Vgl. unten V Ziff. 8.

8. *Zeitungsgewerbe.*

a) UnlW. 2 10 (KG.): Die Bezeichnung „*Organ für die amtlichen Bekanntmachungen* der Militär- und Militärverwaltungsbehörden" enthält eine Angabe tatsächlicher Art dahingehend, daß zwischen den genannten Behörden

und dem Blatte ein dauerndes Auftragsverhältnis bestehe, demzufolge die amtlichen Bekanntmachungen der betreffenden Behörden speziell durch dieses Blatt erfolgen. Wie man nämlich unter dem Organ für die Veröffentlichungen einer bestimmten Partei eine Zeitung versteht, die mit dieser Partei in enger Verbindung steht und speziell deren Interessen dient, so verbindet man auch mit der Bezeichnung „Organ für die amtlichen Bekanntmachungen" gewisser Behörden die Vorstellung eines zwischen den Behörden und der Zeitung bestehenden besonderen Verhältnisses, auf Grund dessen speziell die betreffende Zeitung mit der Veröffentlichung der amtlichen Bekanntmachungen betraut ist. Eine derartige Angabe ist auch wohl geeignet, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Denn nach den Anschauungen des lesenden Publikums hat ein Blatt, welches in dem oben bezeichneten Verhältnisse zu den Behörden steht, einen gewissen amtlichen Charakter, der ihn vor den Blättern sonst gleicher Gattung, aber ohne solchen Charakter auszeichnet. Insbesondere hat die Tatsache, daß ein Blatt von den Behörden zur Publikation ihrer Erlasse, Ausschreibungen und sonstigen Bekanntmachungen benutzt wird, eine besondere Werbekraft in den Kreisen, die aus irgendeinem Grunde an der Kenntnis der Bekanntmachungen ein Interesse haben. — Auch durch die wiederholte Benutzung der Behörden zur Publikation ihrer Erlasse wird ein Blatt nicht zu einem Organ in dem maßgebenden Sinne.

b) Bei Angaben über Zeitungsauflagen kommt es darauf an, ob die Angaben zu der Zeit, wo sie gemacht werden, unrichtig sind, nicht darauf, ob sie in Zukunft noch unrichtig sein werden. **RG.** JW. **01** 212, UnlW. **01** 11.

c) OLG. Braunschweig, UnlW. **2** 89: Die Anzeige „gelesenste Zeitung" enthält eine Angabe tatsächlicher Art.

d) UnlW. **2** 10 (KG.), vgl. **RG.** JW. **03** 255: Unzulässigkeit von Füllinseraten. Die Aufnahme nicht bestellter Inserate ersetzt die unrichtige tatsächliche Angabe, daß diese Inserate der betreffenden Zeitung zur Veröffentlichung in Auftrag gegeben seien. Diese die geschäftlichen Verhältnisse der Zeitung betreffende Angabe ist auch geeignet, den Anschein eines zum Inserieren viel benutzten Blattes und damit den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Alte, abgelaufene Inserate sind mangels Erneuerung des erloschenen Auftrags nicht bestellte. Vgl. Fuld, UnlW. **1** 39.

9. Kurpfuscherei. Vgl. § 4 Ziff. 5.

a) **RG.** JW. **00** 447: Die Bezeichnung „in Amerika promovierter Doktor der Zahnheilkunde" ist auch dann eine unrichtige Angabe tatsächlicher Art, wenn der Betreffende von einem Institute, welches vorübergehend bestand und dem es gelungen war, einen Freibrief zur Verleihung des Doktortitels zu erhalten, ein Doktordiplom für Zahnheilkunde ausgestellt erhalten hat. Der Doktortitel wird als ein Prädikat aufgefaßt, bei welchem man als selbstverständlich voraussetzt, daß es von einem ernstlich der Pflege der Wissenschaft gewidmeten, nur in dieser Weise anerkannten Institute verliehen sei. Trotz der formellen Befugnis zur Verleihung des Doktortitels ist eine Berechtigung zur Führung des Titels nicht gegeben, wenn das Institut sich als ein Schwindelunternehmen erwies. Vgl. dagegen OLG. Marienwerder, PosMschr. **00** 96.

b) Vgl. § 4 Ziff. 5; Küster, UnlW. **1** 115; Finger, ebenda **2** 45 und die dort angeführten Urteile des LG. Bautzen und des LG. Colmar.

10. **RG.** UnlW. **1** 126: Angaben tatsächlicher Art liegen vor, wenn ein Hypothekenvermittler in Annoncenkarten über die Höhe des Zinsfußes ihm zur Verfügung stehender Kapitalien und über die Zeit, auf die er im voraus zu diesem Zinsfuße Kapitalien beschaffen könne, Mitteilungen macht.

11. Über die Bezeichnung Mises en bouteilles im Cognac- und Schaumweinhandel vgl. unten VI Ziff. 5 d.

12. RG. bei Poeschl 42: Maßgebend für das Vorhandensein unrichtiger Angaben ist der Zeitpunkt der Klagerhebung. Eine später nach erfolgter Klagerhebung vorgenommene Beseitigung der beanstandeten Angaben ist unerheblich. Vgl. OLG. Hamburg. ebenda 110.

13. Hydra- und Gellasystem.

RG. Straff. 34 168 hat in einem speziellen Falle des UnlWGes. nicht für anwendbar erklärt. Abweichend KG., DJZ. 01 277; vgl. Alexander-Katz, UnlW. 1 98 ff. und GRschutz 02 17 ff; vgl. Finger, UnlW. 2 6.

C. Fälle, in denen das Vorhandensein unrichtiger Angaben nicht angenommen ist.

1. Keine unrichtige Angabe liegt vor, wenn die Bekanntmachung z. B. über die Ermäßigung der Preise wahr gewesen ist, wenngleich sie hinterher in einzelnen Fällen durch das Verhalten von Angestellten des Bekanntmachenden unrichtig wird. LG. München, GRschutz 01 25.

2. OLG. 2 285 (Stuttgart): Eine Fabrik, welche ihre Erzeugnisse unmittelbar in eigenen Verkaufsstellen an die Verbraucher absetzt, verstößt nicht gegen § 1, wenn sie öffentlich anzeigt, daß sie in ihren Verkaufsstellen zu „Fabrikpreisen" verkaufe, während die sonstigen Verkäufer der Ware Händlernutzen aufschlagen müssen. Obwohl im volkswirtschaftlichen Sinne die Fabrik auch einen Handelsaufschlag berechnen muß, da sie ja Kosten der Handelsvermittelung: Gehälter an die Verkäufer, Miete der Verkaufsräume ꝛc. aufwenden muß, so kann doch nach der Ausdrucksweise des gewöhnlichen Lebens die Ankündigung den Sinn haben, der Verkäufer berechne keinen „Händlernutzen" in dem Sinne eines außer den Kosten der Handelsvermittelung zwischen Fabrik und Verbraucher noch weiterhin auf die Ware geschlagenen Geschäftsgewinnes, wie ihn von der Fabrik unabhängige Handelsvermittler berechnen.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. 03 18, R. 03 109: Die Ankündigung von Waren „zum Fabrikpreise" wird vom Publikum in dem Sinne aufgefaßt, daß die Ware zu demselben Preise von dem Anpreisenden verkauft werde, den sie bei der Fabrik zahle, nicht dahin, daß sie zu dem Preise abgegeben werde, zu dem die Fabrik selbst Verkäufe en détail ausführt.

3. a) RG. Straff. 33 442: Die Bezeichnung der Preise als „sehr billig" ist marktschreierische Reklame und durch § 1 nicht getroffen.

OLG. Colmar, R. 02 440: Die Ankündigung „Waren von billigster Preislage" ist erst dann unrichtig, wenn Kaufliebhaber erfolglos zu der ihnen angegebenen Zeit ihre Nachfrage wiederholt haben.

OLG. 7 176 (Hamm): Das Inserat: „Geldschränke für jeden Beruf, für jedes Geschäft, unerreichte Auswahl, einzig am Platze, enorm billige Preise, kulante Bedingungen" enthält keine Angaben tatsächlicher Art.

LG. Trier bei Poeschl 28: Die Anpreisung: billiger und besser als jede Konkurrenz enthält nur eine zulässige Selbstbelobigung.

b) RG. 46 56 vgl. oben B Ziff. 3: Die Ankündigung, daß an Spezialtagen zu herabgesetzten Preisen verkauft wird, enthält noch keine unrichtige Angabe tatsächlicher Art, wenn an einzelnen konkreten Fällen die Unrichtigkeit erwiesen wird: es muß der Nachweis erbracht werden, daß die Angaben über die Veranstaltung im ganzen unrichtig war, und daß die erwiesenen einzelnen Fälle mit Willen des Geschäftsinhabers erfolgt sind.

4. OLG. Dresden, DJZ. 02 440: Die Ankündigung eines Geschäfts als das „größte Spezialhaus" oder das „größte Spezialgeschäft" enthält nicht die Behauptung einer bestimmten Tatsache, sondern nur allgemein gehaltene, auf ein

bloßes Urteil hinauskommende marktschreierische Anpreisung, die gerade durch die gewählte Form erkennen läßt, daß es sich nicht um die Zusage einer objektiv feststellbaren Tatsache, sondern um eine übertreibende, von niemand ernst genommene Reklame handelt. Derartige Ankündigungen sind nicht verboten.

Ebenso sind nicht verboten die Ankündigungen Schuhfabrik und größtes Lager der Residenz. **RG.** bei Poeschl 28.

Das beste und besuchteste Speisehaus am Platze. LG. Altenburg bei Poeschl 29.

5. OLG. Dresden, GRschutz **01** 87: Die Ankündigung „größte Buch- und Steindruckerei", „lithographische Kunstanstalt" enthalten nur marktschreierische Reklame, keine Anpreisungen tatsächlicher Art. Die Worte „Anstalt", ebenso wie „Institut", „Bank" bekunden keine tatsächlichen Verhältnisse, vielmehr nur einen Aufputz. Vgl. OLG. Dresden, GRschutz **01** 238.

6. Die unrichtige Bezeichnung einer Ware mit einem fremden Warenzeichen fällt nicht unter § 1. OLG. Hamburg, GRschutz **01** 237.

7. Die Ankündigung „streng reell" ist eine allgemeine Anpreisung. — Die Worte: „Ein Risiko ist dabei ausgeschlossen" bedeuten bei Geldgeschäften, jede Gefahr eines Verlustes sei ausgeschlossen. Sie können unwahre Angaben i. S. des § 4 enthalten. **RG.** Straff. **34** 149. Vgl. oben B 13.

D. Einzelne Ausdrücke.

1. a) Der Begriff des Fabrikanten erfordert, daß die fabrizierte Ware durch von ihm abhängige Arbeitskräfte hergestellt wird. Auch Lohnweber auf eigenen Stühlen stehen zum Arbeitgeber in einem Abhängigkeitsverhältnisse. **RG.** JW. **01** 657.

b) OLG. **1** 118 (Karlsruhe): Für den Begriff Fabrik ist bei Anwendung des § 1 maßgebend, welcher Sinn dem Worte in denjenigen Kreisen beigelegt wird, an die sich die Ankündigung wendet. Vgl. LG. I Berlin, R. **01** 240.

2. Nach dem Sprachgebrauche des Lebens kann sich Uhrmacher nur derjenige nennen, welcher Uhren anfertigen oder wenigstens fachmännisch bearbeiten kann, nicht aber derjenige, der nur mit Uhren handelt. OLG. Dresden, GR. schutz **01** 214.

3. **RG.** UnlW. **2** 59: Die Bezeichnung „direkter Importeur" enthält eine unrichtige Angabe im Sinne des § 1, wenn sie von einem Kaufmann angewendet wird, der bei einem im Inland Ansässigen (Inländer oder Ausländer) ein einzelnes Stück ausländischer Ware ankauft, das der Verkäufer auf seine Rechnung im Auslande bei Dritten bestellt und auf eigene Rechnung ins Inland eingeführt hat. Direkte Importeure sind nur diejenigen Kaufleute, die Waren im produzierenden Ausland aufkaufen und als ihr Eigentum auf eigene Rechnung und Gefahr vom Ausland in das Inland einführen, um solche dort weiter zu verkaufen.

4. **RG.** **44** 12: „Hamburger Engros-Lager" bedeutet, daß ein großes Lager vorhanden ist und daß besonders billig verkauft wird. Dies sind subjektive Äußerungen, allgemein lautende Anpreisungen, welche nicht verboten sind. Vgl. zu dieser Entscheidung Pinner, Komm. 25.

5. OLG. Hamburg, R. **00** 196: Ballettmeister ist, wer ein Ballett inszenieren und einüben kann. Es ist kein Titel oder Amt. Ballettmeister kann sich nennen, wer die erforderliche Ausbildung genossen hat, die Vorkenntnisse und die Fähigkeit besitzt. In der Bezeichnung als Ballettmeister liegt keine Angabe tatsächlicher Art.

6. OLG. **2** 285, **7** 175 (Hamburg): Bezeichnung als „Generaldepositur" einer Fabrik, welche mehrere Deposituren hat, verstößt nicht gegen § 1. Denn bei ungezwungener Auslegung kann in dem Zusatzworte „General" wohl der

Hinweis auf die Gesamtheit der von der Fabrik hergestellten Artikel, niemals aber die Behauptung einer Ausschließlichkeit in bezug der Fabrikate oder der alleinigen Vertriebsübertragung gefunden werden.

7. LG. Dortmund, GRschutz 01 238: Die Bezeichnung „Partiewarengeschäft“ ist an sich eine Angabe tatsächlicher Art über geschäftliche Verhältnisse, welche den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen vermag.

8. a) OLG. Colmar, R. 01 596: Die Bezeichnung „Erstes elsaß-lothringisches Fahrradversandhaus“ ist als gleichbedeutend mit „Ältestes“ aufzufassen und enthält eine Angabe über geschäftliche Verhältnisse, welche geeignet ist, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Eine Angabe unrichtiger tatsächlicher Art ist es, wenn ein Fahrradgeschäft sich als Versandhaus ausgibt, obgleich es durch Reisende und Zwischenhändler, nicht durch unmittelbares Angebot an das Publikum den Absatz seiner Waren betreibt.]

OLG. Colmar, R. 01 596: Die Anpreisung eines Geschäfts als „Erstes elsaß-lothringisches Plakatinstitut“ würde, wenn sie in qualitativem Sinne als gleichbedeutend mit „Institut ersten Ranges“ aufzufassen wäre, als bloßes Urteil und mangels tatsächlicher Natur nicht unter § 1 fallen.

b) LG. I Berlin bei Poeschl 57: Die Bezeichnung erstes deutsches Reisebureau i. S. von ältestes ist eine Angabe tatsächlicher Art im Sinne von erstes, aber erlaubte Reklame.

V. Anschein eines besonders günstigen Angebots.

1. **RG.** Straff. 35 236, JW. 03 147: Der hervorzurufende Anschein muß nicht ein falscher sein.

2. **RG.** GRschutz 01 242: Das Wort „besonders“ läßt erkennen, daß das Gesetz nicht jedes Inaussichtstellen von Nutzen, sondern nur dasjenige treffen soll, das die Waren oder Leistungen über das Gewöhnliche hervortretend darstellt. Dies ist dann nicht der Fall, wenn der Anbietende lediglich behauptet, seine Waren oder gewerblichen Leistungen seien gut, aber nicht erklärt, sie seien besser als die sonst üblichen oder zu erwartenden. Vgl. OLG. Dresden das. Den Interessenten aus dem Publikum muß der Irrtum erregt werden, als würden sie bei Annahme dieses Angebots erhebliche wirtschaftliche Vorteile haben gegenüber dem Gebrauche des sonstigen Angebots.

3. **RG.** UnlW. 2 90: Im § 1 des Gesetzes handelt es sich nicht um den Schutz des Publikums, sondern um den der Konkurrenten; deshalb wird nicht gefordert, daß das besonders günstige Angebot objektiv falsch sei, sondern nur verlangt, daß die zur Begründung des Anscheins eines solchen Angebots geeigneten Angaben falsch seien. Vgl. JW. 02 275.

4. Fuld, UnlW. 1 151: Die Gepflogenheit mancher Geschäfte der Nahrungsmittelbranche, sich als „Konsumanstalt“ und ähnliches zu bezeichnen, bezweckt, bei dem Publikum die Erinnerung an die Konsumvereine wachzurufen und Konsumenten anzulocken. Die Konsumvereine können auf Grund des § 1 gegen die Inhaber solcher Geschäfte klagen. Es wird der Anschein eines besonders günstigen Angebots erweckt.

5. OLG. Celle, UnlW. 1 137: Die Anpreisung einer unrichtigen Abonnentenzahl verstößt gegen § 1; vgl. oben IV B Ziff. 8.

6. **RG.** JW. 00 318: Die Ankündigung „reiche Auswahl von Modellen“ ist geeignet, den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu erwecken.

7. In Angaben, welche einen anderen direkt herabsetzen, kann nach ihrem Zusammenhang indirekt eine nach § 1 unzulässige Anpreisung des eigenen Geschäfts gefunden werden. **RG.** JW. 01 211.

8. OLG. 7 176 (Hamburg): Die Bezeichnung einer Ware als amtlich

geschützt enthält den Anschein eines besonders günstigen Angebots. Vgl. oben IV B 7.

9. RG. Straff. 33 326: Der Anschein eines besonders günstigen Angebots wird dadurch hervorgerufen, daß jemand in Verabredung mit einem anderen auf Grund eines fingierten Schuldverhältnisses die Zwangsvollstreckung gegen sich einleiten und die Zwangsversteigerung durch den Gerichtsvollzieher in öffentlichen Blättern ausschreiben läßt.

10. LG. Hamburg, UnlW. 2 36f.: Der Anschein eines besonders günstigen Angebots wird erweckt, wenn das Publikum durch das unwahre Angebot in den Irrtum versetzt wird, daß es bei Annahme dieses Angebots besonders erhebliche Vorteile eintausche gegenüber den aus der Annahme anderer Angebote zu erzielenden Vorteilen. Es sind mithin die Angebote der Konkurrenten und das angeblich unlautere Angebot nach ihren wirtschaftlichen Vorteilen miteinander zu vergleichen, gegeneinander abzuwägen. Es ist unzulässig, den Maßstab für die Beurteilung dem unlauteren Angebote selbst zu entnehmen, d. h. das unwahre vorgespiegelte Angebot mit dem wahren Angebote zu vergleichen und das vorgespiegelte „Plus" als das Kennzeichen des besonders günstigen Angebots zu betrachten. Abw. OLG. Dresden bei Poeschl 90.

11. RG. JW. 01 13: Der Anschein eines besonders günstigen Angebots ist nicht notwendig mit der Preisbemessung der Ware verknüpft. Er kann auch in Fällen, in welchen die Preisbemessung keinen Anlaß dazu bietet, in anderen Umständen, insbesondere in der Anpreisung der Beschaffenheit der Ware gefunden werden.

OLG. Breslau, R. 03 557: Zur Feststellung unrichtiger Angaben tatsächlicher Art über die Preisbemessung von Waren genügt der Nachweis der Nichtübereinstimmung der behaupteten Preisabweichung im allgemeinen Verkehre.

12. OLG. 2 286 (Hamburg), UnlW. 2 24: Der Beklagte hatte in die Anzeige eines Auktionators über Versteigerung seiner Waren die Worte setzen lassen „wegen Realisierung eines Engrosgeschäfts über den vorhandenen reichhaltigen Lagerbestand". Der Beklagte hatte sein Engrosgeschäft weiter betrieben. Durch den Satz ist der Anschein eines besonders günstigen Angebots erweckt. Die zwecks Realisierung eines Engroslagers vorgenommene Versteigerung ist eine besonders günstige Kaufgelegenheit, da eine solche Realisierung in der Regel nur mit erheblichen Nachlässen des Verkäufers auf die sonstigen Preise erfolgen kann.

13. RG. JW. 02 594: Die Übertragung des ausschließlichen Rechtes zur Fabrikation eines von einem namhaften Professor erfundenen pharmazeutischen Präparats seitens des letzteren an den Inhaber einer bestimmten Apotheke geschieht in der Erwartung und in dem Vertrauen, daß die Fabrikate auch genau und gewissenhaft nach seinen Vorschriften hergestellt werden, so daß wegen der hieraus herzuleitenden Garantie für die Güte der Präparate der Anschein eines besonders günstigen Angebots mindestens möglich und auch wohl naheliegend ist.

VI. Zu den einzelnen Fällen des Abs. 1.

1. Geschäftliche Verhältnisse. Beispiele in denen die Praxis Angaben über geschäftliche Verhältnisse angenommen hat s. oben IV B und C.

Unter die geschäftlichen Verhältnisse fallen auch Angaben über die persönlichen Beziehungen des Inhabers, die Bedeutung für seine geschäftliche Qualifikation haben, wie Lehrer, Schüler, „früherer Sozius". Pinner, Komm. 34.

2. Beschaffenheitsbezeichnung.

a) RG. Straff. 33 442: Die Beschaffenheit einer Ware umfaßt alle deren Eigenschaften, körperliche, wie unkörperliche, welche bei der Würdigung ihrer Brauchbarkeit in Betracht kommen.

b) UnlW. I 9 (KG.): Der Gebrauch einer Beschaffenheitsbezeichnung wird nicht schon deshalb unerlaubt, weil sie mit einem eingetragenen Warenzeichen in einer die Verwechselungsgefahr begründenden Weise übereinstimmt. Denn sonst wäre jeder, der ein schutzfähiges Warenzeichen, das in dieser Weise mit einer Beschaffenheitsbezeichnung übereinstimmt, für sich angemeldet hat, dadurch in die Lage versetzt, die entsprechenden Beschaffenheitsbezeichnungen, die das Gesetz hat freigeben wollen, dieser Absicht zuwider dem Gemeingebrauche zu entziehen.

3. Preisbemessung von Waren oder gewerblichen Leistungen. Vgl. oben IV B Ziff. 6, IV C Ziff. 2, V Ziff. 11.

a) KG., DJZ. 00 398: In der Anzeige: „Trauerhüte 50 Pf., jeder Käufer erhält einen Kinder-Schulhut extra gratis" ist, da die Anzeigende nicht in der Lage war, der Anzeige nachzukommen, eine unwahre Angabe über die Preisbemessung enthalten. Nach der Anzeige würde ein Trauerhut, wenn man einen Kinderhut umsonst erhielte, tatsächlich weniger als 50 Pf. kosten.

b) RG. Straff., DJZ. 03 56: Als Angaben tatsächlicher Art erscheinen nur solche Behauptungen, welche einzelne bestimmte (konkrete) Vorkommnisse oder Zustände zum Gegenstande haben, und über Preisbemessungen sind Angaben nur dann gemacht, wenn die behaupteten Vorkommnisse oder Zustände den Schluß nahelegen, mit Rücksicht auf sie sei der Preis ausnahmsweise niedrig, also vorteilhaft, angesetzt worden. Die Versicherungen des Angeklagten, sein „Welthut" habe einen reellen Wert von 4—5 oder von 3—6 M. und Verkaufswert von 1,90 M. sei ein Spottpreis, gehen über allgemein gehaltene marktschreierische Anpreisungen nicht hinaus und stehen mit der Preisbemessung in keinerlei Zusammenhang.

c) M. M. Kohler 100: Gewerbliche Leistungen sind alle des Erwerbes halber ohne Unterschied, ob sie eine wissenschaftliche oder künstlerische Vorbildung erfordern und in ihrer Ausübung von den Regeln der Wissenschaft oder Kunst noch beeinflußt werden, insbesondere also z. Zt. noch die Leistungen der Ärzte. Ausgenommen hiervon sind aber rein künstlerische und rein wissenschaftliche Leistungen, wo die Betätigung der Wissenschaft und Kunst nicht nur das Mittel, sondern auch den Zweck der Tätigkeit darstellt, neben dem der Erwerbszweck ganz in den Hintergrund tritt. Ausgenommen sind ferner die Tätigkeit derjenigen, welche im öffentlichen Dienste stehen, wie Beamte, oder welche einen den freien Wettbewerb ausschließenden und die Erwerbstätigkeit der Ausübung nach regelnden bindenden Berufsordnung unterstehen, wie Rechts- und Patentanwälte.

4. Bezugsquelle.

M. M. Kohler 106: Bei den Angaben über die Bezugsquelle sind 3 Arten zu unterscheiden; sie können 1. die Herkunft von einer bestimmten Person, 2. den Bezug aus bestimmten Erwerbsgelegenheiten oder aus besonderen Klassen von Produktions- oder Großhandelsstätten, 3. den Ursprung aus bestimmten Örtlichkeiten angeben. Vgl. Pinner, Komm. 38.

5. Herkunftsbezeichnung. (Abs. 3).

a) α. RG. UnlW. I 44: Die Bezeichnung „Pilsener Bier" ist zwar nach Handelsgebrauch auch Qualitätsbezeichnung, hat jedoch auch nicht aufgehört, als Herkunftsbezeichnung zu dienen. Die Verwendung der Bezeichnung „Pilsener Bier" ist daher für nicht in Pilsen gebrautes Bier nur zulässig, wenn auf der Verpackung, Umhüllung 2c. unzweifelhaft zum Ausdrucke gebracht wird, daß es sich nur um eine Qualitätsbezeichnung handelt. Vgl. RG. UnlW. I 61. Ein örtlicher Sprachgebrauch, wonach „Erlanger" die Benennung eines an Ort und Stelle gebrauten dünnen Hausbieres ist, schließt Ansprüche gegen den dieses Bier Anzeigenden aus.

β. **RG.** JW. **02** 593: Die Bezeichnung „Münchener Versandbräu" enthält eine Herkunftsbezeichnung.

b) Fuld, UnlW. **2** 293: Die Bezeichnung „Pariser Modell" bei Kostümen, Hüten usw. enthält schlechthin und ausnahmslos eine Herkunftsbezeichnung.

c) **RG.** R. **03** 557 Nr. 2882: Wenn Schaumwein in der Weise hergestellt worden ist, daß die cuvée in der Champagne aus dortigen Trauben hergestellt worden, dann in Fässern nach Deutschland geschafft, dort in Flaschen gefüllt und weiter behandelt worden ist, so ist die Angabe „Fertiggestellt in Deutschland" nicht unwahr. Vgl. **RG.** R. **03** 557 Nr. 2883.

d) Fuld, UnlW. **2** 32, vgl. IV B Ziff. 11: Der Name Cognac ohne jeden weiteren Zusatz weist nicht auf die Herkunft hin, während andererseits die Bezeichnung französischer Cognac als Herkunftszeichen aufgefaßt wird. Die Bemerkung, daß der Cognac im Inland auf Flaschen gezogen ist, besagt für die objektiv allein richtige Auffassung nur, daß der in Fässern aus Frankreich bezogene Cognac in Deutschland in Flaschen gefüllt und hierbei weiter keine Veränderung an seiner Beschaffenheit vorgenommen wurde als die sich aus der Reduktion des starken Alkoholgehaltes mit Wasser ergebende. Wenn und soweit es sich um Cognac handelt, der lediglich diese Verdünnung in Deutschland erfahren hat, läßt sich die Bezeichnung Mises en bouteilles nicht beanstanden. Wenn die Bemerkung Mises en bouteilles en Allemagne auf die Herstellung eines Verschnitts hinweisen soll, der aus französischem Stoff in Verbindung mit deutschem Spritt oder mit Essenzen hergestellt wird, so kann ein solches Produkt nicht als französischer Cognac verkauft werden; durch die Bemerkung Mises en bouteilles wird nicht erkennbar gemacht, daß ein in Deutschland verfertigtes Produkt verkauft werden soll. Sie ist eine tatsächliche unwahre Angabe, welche das Wettbewerbsgesetz verletzt. Das gleiche wie für Cognac gilt für Schaumwein.

e) **RG.** bei Poeschl 63: Offerten mit dem Vordruck „Modell-Gips-Manufaktur K." sind geeignet über den Herkunftsort der angebotenen Ware zu täuschen, weil das Wort „Manufaktur" auf eigene Fabrikation hinweist und der Ort K. in ganz Deutschland als Fundort vorzüglicher Gipse bekannt ist.

6. M. M. Kohler 110: Auszeichnung ist, wie Finger, Komm. 37, definiert, im engeren Sinne zu verstehen, als „eine einem Gewerbetreibenden von der zuständigen Behörde oder Person für Waren oder gewerbliche Leistungen verliehene Anerkennung irgend welcher Art." Die weitere Auffassung formuliert: „Alles, was einen Gewerbetreibenden von den anderen Konkurrenten heraushebt, ist als „Auszeichnung" im Sinne des Gesetzes anzusehen." Vgl. Pinner, Komm. 41 ff.

7. Anlaß des Verkaufs.

a) **RG.** Straff. **30** 256: Nimmt man in Übereinstimmung mit den Motiven an, daß unter einem „Ausverkaufe" zu verstehen sei „eine Veräußerung der vorhandenen Vorräte zum Zwecke der Beendigung, sei es des Geschäftsbetriebs im ganzen, sei es des Verkaufs einer gewissen Warengattung", so wird doch der Begriff eines Ausverkaufs nicht ausgeschlossen, wenn im Einzelfalle nach Gelegenheit der Umstände sogenannte Nachschiebungen einzelner oder auszuverkaufender Warenposten in geringem Umfange stattfinden. Maßgebend wird vielmehr immer sein, ob die Absicht beim Verkäufer obwaltet, durch den Verkauf die Beendigung des von ihm bisher betriebenen Geschäfts im ganzen oder betreffs der in Betracht kommenden Warengattungen herbeizuführen.

OLG. **1** 368 (Darmstadt): Die Ergänzung des zum Ausverkaufe gestellten Lagers durch Nachschiebung von Waren ist nur insoweit zulässig, als dies erforderlich ist, um den Ausverkauf zu beendigen. OLG. Karlsruhe, DJZ.

00 235, RG. R. 02 48. Dagegen Kahn, UnlW. 1 54; vgl. Fuld, DJZ. 01 128 ff., 03 359, GRschutz 00 155, UnlW. 1 162.

b) OLG. Dresden, SeuffA. 55 283: Die Ankündigung „Totalausverkauf" ist unrichtig, wenn der Verkauf sich nur auf gewisse Teile des Lagers beschränkt.

c) OLG. 7 174 (Dresden); vgl. RG. Straff. JW. 03 146: Der Erwerber einer Konkursmasse darf nicht einen „Konkursmassenausverkauf" ankündigen.

RG. UnlW. 2 58, GoltdA. 49 135: Wer den Warenbestand einer Konkursmasse aus dritter Hand erwirbt, ist nicht berechtigt, einen „Konkursausverkauf" anzukündigen. Da im gewöhnlichen Sprachgebrauch unter „Konkurswaren" nur solche Waren verstanden werden, welche zu einer Konkursmasse gehören und von einem „Konkursausverkaufe" nur die Rede ist, wenn derselbe vom Konkursverwalter unter dessen Aufsicht und Leitung abgehalten wird, so ist eine Angabe, wie vorstehend gemacht, unwahr und geeignet, Leute, insbesondere von geringerer Erfahrung, irrezuführen; vgl. RG. UnlW. 2 90.

RG. Straff., DJZ. 03 404: Zeigten die Angeklagten den Ausverkauf von Beständen aus der N.schen Konkursmasse als das Wesentliche, den Verkauf anderer Waren als etwas Nebensächliches an, so wird die Unwahrheit der Angabe nicht dadurch ausgeschlossen, daß einerseits tatsächlich die aus der Konkursmasse herrührenden Waren verkauft worden sind und andererseits der Verkauf anderer Waren angekündigt war.

VII. Bildliche Darstellungen und sonstige Veranstaltungen.

1. Sonstige Veranstaltungen im Sinne des § 1 sind vorliegend, wenn jemand aus anderen Zeitungen Inserate abdruckt und dadurch den Anschein hervorruft, als seien ihm die Inserate in Auftrag gegeben. RG. JW. 01 255; vgl. aber zu § 4 Ziff. 7 a.

2. RG. Straff., DJZ. 01 118: Abbildungen, welche geeignet sind, Angaben zu ersetzen, sind zwar nicht im § 4, wohl aber im § 1 Abs. 4 erwähnt, und ergänzen hiernach nur die tatsächlichen Angaben, welche im einzelnen ihre Erläuterung durch die bildliche Darstellung erhalten.

VIII. Unterlassungsanspruch.

1. Das Unterlassungsgebot des § 1 UnlWG. kennt keine räumliche Beschränkung, namentlich dann nicht, wenn eine Zuwiderhandlung in Frage kommt, die von einem Inländer einem Inländer gegenüber im Inlande verübt worden ist. RG. JW. 01 851; vgl. RG. 55 199; DJZ. 03 453: Die Klage aus den §§ 1 und 6 gegen einen Inländer ist auch dann zulässig, wenn er gegen einen Inländer im Auslande, soweit dasselbe als Konkurrenzgebiet in Betracht kommt, unlautere Reklame macht.

2. RG. R. 02 79: Die Gerichte sind bei Ausübung der Befugnis zur Untersagung an den Wortlaut und die Form der tatsächlich gemachten Angaben nicht gebunden, es genügt vielmehr eine inhaltliche und sachgemäße Übereinstimmung der untersagten und wirklich gemachten Angaben.

3. OLG. 2 48 (Karlsruhe): Gegenüber der Klage aus § 1 auf Unterlassung ist der Einwand nicht zulässig, daß der Geschädigte selbst andere schädige. Es kann von ihm Unterlassung verlangt werden, aber nicht Unterlassung seiner eigenen Klage, sondern nur Unterlassung seiner eigenen Zuwiderhandlung Vgl. OLG. Dresden, SeuffA. 58 403.

4. Marcus, DJZ. 03 172: Die Unterlassungsklage ist nicht mehr statthaft, wenn die Handlung vor Klageerhebung seitens des Täters rückgängig gemacht war. Dagegen OLG. Dresden bei Poeschl 64: Der Unterlassungsanspruch gegen ein Ausverkaufs-Unternehmen ist auch nach inzwischen erfolgter

Einstellung desselben stattzugeben, denn der Beklagte kann ein neues Geschäft beginnen und die gesetzwidrigen Ankündigungen wiederholen.

5. a) **RG.** JW. **03** 128, UnlW. 2 75: Die Unterlassungsklage des § 1 fordert zu ihrer Begründung nicht ein wissentliches oder fahrlässiges Handeln, sondern nur, daß objektiv eine unrichtige Angabe gemacht ist, geeignet, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Ein Verschulden, das regelmäßig die Voraussetzung einer unerlaubten Handlung bildet, ist nicht erforderlich. Die Frage, ob der Geschäftsherr bezüglich des Unterlassungsanspruchs für die von seinem Geschäftsführer bewirkte unlautere Reklame verantwortlich gemacht werden kann, entscheidet sich danach nicht nach § 831 BGB., sondern nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Hat der Inhaber eines Geschäfts für dessen Betrieb einen Geschäftsführer bestellt, so muß er dafür Sorge tragen, daß dieser nicht die ihm erteilte Befugnis in einer Weise mißbraucht, wodurch ein Anspruch auf Unterlassung begründet werden kann. Hat er diese Verpflichtung unterlassen, so muß gegen ihn die Unterlassungsklage gestattet sein.

b) **RG.** JW. **02** 369, UnlW. 2 13, DJZ. **02** 393: Für den Unterlassungsanspruch des § 1 Abs. 1 ist im Gegensatze zu dem im § 1 Abs. 2 bestimmten Schadensersatzanspruch und der durch § 4 geregelten Strafklage in subjektiver Hinsicht zur Begründung der Passivlegitimation des wegen einer eigenen Tat belangten Beklagten nicht mehr erforderlich, als daß derselbe die Angaben so, wie sie objektiv gemacht sind, vorsätzlich gemacht hat. Dagegen ist nicht notwendig, daß er sich bei seiner Tat auch des Vorliegens der sämtlichen übrigen Tatbestandsmerkmale, welche die Anwendbarkeit des § 1 Abs. 1 bezüglich der von ihm gemachten Angaben begründen, bewußt gewesen ist, oder daß er diese in seinen Willen mit aufgenommen hat. Vgl. **RG. 46** 51, JW. **00** 397.

6. Marcus, UnlW. 2 94: Ist auf Betreiben eines Interessenten der Untersagungsanspruch bereits realisiert, so wird der Beklagte gegen eine von einem anderen Interessenten angestrengte zweite Klage zwar nicht aus dem Gesichtspunkte der Rechtskraft, wohl aber aus dem des Mangels an dem Rechtsschutzbedürfnisse sich zu verteidigen in der Lage sein.

7. **RG.** UnlW. **1** 127: Der auf § 1 gestützte Anspruch auf Unterlassung ist als vermögensrechtlicher im Sinne des § 546 ZPO. zu erachten.

IX. Zu Abs. 2 des § 1.

1. **RG.** UnlW. 2 108: Redakteur und Verleger der Zeitung, in der die zur Grundlage des gegen sie erhobenen Schadensersatzanspruchs gemachten Veröffentlichungen erfolgt sind, können sich auf § 1 Abs. 2 Satz 2 nicht berufen, der für den Schadensersatz Kenntnis von der Unrichtigkeit der Angaben fordert, wenn die Veröffentlichungen von ihnen zu Zwecken des eigenen Wettbewerbes vorgenommen wurden.

2. **RG.** JW. **00** 760: Wenn es auch nicht unzulässig ist, ein Kennenmüssen durch die Annahme einer Fahrlässigkeit zu begründen, so genügt dazu doch nicht jede auch noch so geringe Fahrlässigkeit, sondern muß ein so hoher Grad von Fahrlässigkeit erfordert werden, daß diese der Wissentlichkeit gleichzuachten ist.

**§ 2. RG. 44** 362: Unter Niederlassung ist nicht nur die Hauptniederlassung, sondern auch eine Zweigniederlassung zu verstehen. Zuständig ist für Klagen aus § 1 das Gericht derjenigen gewerblichen Niederlassung, auf deren Geschäftsbetrieb sich die unlautere Reklame bezieht.

OLG. **1** 470 (München): Zuständig ist auch das Gericht der Zweigniederlassung, von welcher die unlautere Reklame ausgeht.

**§ 4.** 1. **RG.** Straff. **36** 377: Zur Irreführung geeignet ist eine Angabe tatsächlicher Art schon dann, wenn ein Teil des Publikums sie für wahr halten und dadurch getäuscht werden kann.

2. **RG.** Strafs. **35** 417, JW. **03** 147: Täter kann nicht nur der Geschäftsinhaber, sondern auch ein Dritter sein, welcher zugunsten eines Geschäfts falsche Angaben macht.

3. **RG.** Strafs. **34** 163, DJZ. **01** 388: Die Angeklagten, welche in Ulm und Karlsruhe Handelsniederlassungen hatten, brachten nach einem Brande der letzteren Waren nach Ulm und schrieben dort einen Ausverkauf der Karlsruher Waren zu sehr herabgesetzten Preisen aus. Es waren aber zum geringeren Teile Karlsruher, zum größeren Teile dagegen Ulmer Waren. Sie sind verurteilt worden. Das Urteil des RG. führt aus: Wenn auch die Annoncen direkt keine Unwahrheiten enthielten, so spiegelten die Angekl. doch den Käufern vor, das Karlsruher Brandunglück nötige sie zum Verkaufe der Waren, und bestehe deshalb eine besonders günstige Kaufgelegenheit. Die Tatsache, daß Karlsruher Waren mitverkauft wurden, schließt die Unwahrheit nicht aus. Die Käufer mußten glauben, der Ausverkauf sei ein selbständiger, vom Ulmer Geschäfte getrennter. Es hat also schon durch die Annoncen eine Täuschung des Publikums stattgefunden.

4. **RG.** Strafs., UnlW. 2 66: Ein Vergehen gegen § 4 liegt nicht vor, wenn zum Verkauf angebotene Garne in den Preislisten, auf Verpackungen und Etiketten als „bestes Leinengarn" oder „Leinenhäkelgarn" bezeichnet werden, obwohl ein Teil davon nicht aus Leinen, sondern aus Ramie (Chinagras) gewonnen wird, wenn aber der Verkäufer auf diese Weise seine Ramiegarne zu den gleichen Preisen wie seine unter den gleichen Bezeichnungen in den Verkehr gebrachten Leinengarne anbietet oder verkauft. In dem Verhalten des Verkäufers ist nicht der Anschein eines besonderen Angebots enthalten, da eine Anlockung des Publikums gerade zum Kaufe des angeblichen Leinengarns im Gegensatze zum wirklichen, etwa durch das Vorgeben, es werde echtes Leinengarn zu einem sonst nicht üblichen Preise verkauft, nicht stattfand.

5. Vgl. § 1 Ziff. IV B 9.

a) **RG.** Strafs., UnlW. 2 59, JW. **03** 147: Das Versprechen des Einstehens für unbedingte Heilung jedes Flechtenkranken enthält überhaupt keine Angaben tatsächlicher Art. Angaben tatsächlicher Art müssen sich auf die Vergangenheit oder Gegenwart beziehen. Die Übernahme der Garantie, das Versprechen des Einstehens für Heilung, ist eine Willenserklärung, welche an und für sich auf ein vergangenes oder gegenwärtiges Ereignis nicht Bezug nimmt. Die Behauptung der Fähigkeit, gewisse Krankheiten zu heilen, kann nach Lage des Falles die Angabe von tatsächlichen Vorgängen oder Zuständen enthalten, wie die Behauptung einer beruflichen Ausbildung des Besitzes dienlicher Mittel, die Erreichung bestimmter Erfolge; vgl. **RG.** Strafs. **35** 270, JW. **03** 147.

b) **RG.** Strafs., DJZ. **02** 28: Strafbar sind nicht Anpreisungen im allgemeinen (Heilung vieler Erkrankungen durch Harnuntersuchung), sondern eine Reklame durch unrichtige tatsächliche Angaben. In Anpreisungen können solche zwar liegen; diese sind aber festzustellen. Vgl. **RG.** Strafs., DJZ. **03** 178, wo in der Ankündigung eines Heilkünstlers, seine Kur sei sicher, eine Angabe tatsächlicher Art erblickt wird.

6. KG., DJZ. **00** 302: Ein Bücherrevisor, der sich bei Anpreisung eines von ihm herausgegebenen Werkes über kaufmännische Buchführung als gerichtlich vereidigter Bücherrevisor und Sachverständiger bezeichnet, obwohl er nur einmal in einem Einzelfalle, nicht aber ein für allemal als Bücherrevisor und Sachverständiger vereidigt war, verstößt nicht gegen § 4. Angaben über die Person des Anbietenden, die lediglich Schlüsse auf die Beschaffenheit seiner Waren und Leistungen gestatten, sind im Sinne des § 4 keine Angaben über diese Waren und Leistungen. Die Bezeichnung als gerichtlich vereidigter Sachverständiger ist keine Angabe über den Besitz einer Auszeichnung.

7. a) KG., DJZ. **02** 551: Wer Annoncen aus einem Konkurrenzblatt abdruckt, ohne einen Auftrag dazu erhalten zu haben, ist nach § 4 nicht zu bestrafen. Unter den hier erwähnten unwahren Angaben tatsächlicher Art sind nur Erklärungen zu verstehen, nicht Angaben anderer Art, die darauf berechnet sind, solche Angaben zu ersetzen. Veranstaltungen solcher Art werden im § 1 Abs. 4 getroffen. Dort ist nur die zivilrechtliche Haftung bestimmt. In die Strafbestimmungen des § 4 ist der Tatbestand des § 1 Abs. 4 nicht aufgenommen worden; vgl. § 1 Ziff. VII 1.

b) OLG. Dresden, GRschutz **00** 60: Wenn auch bildliche Reklame nicht aus § 4 gestraft werden kann, so darf der Richter sie doch heranziehen zur Ermittelung des strafbaren Inhalts der sie begleitenden Reklame durch Worte. Vgl. **RG.** Straff. **33** 431.

**§ 5.** M. M. Kohler 140ff. Das Delikt des § 5 stellt sich als eine Gewerbepolizeiübertretung dar. Vgl. Pinner, Komm 80ff.

**§ 6.** 1. Allgemeines.

a) Wenn auch zuzugeben ist, daß in der Regel der unlautere Wettbewerb entweder zu eigenem Vorteil oder zugunsten eines oder mehrerer bestimmter Gewerbetreibenden sich betätigen wird, so ist § 6 auch dann anwendbar, wenn es sich um den Wettbewerb zweier größerer Interessentengruppen (wie hier der Fabrikanten künstlicher Mineralwässer und der Besitzer von Mineralquellen) handelt. **RG.** JW. **02** 138.

b) Der Anwendungsbereich der §§ 6 u. 7 UnlWG. ist keineswegs auf das Verhältnis zwischen Kaufleuten beschränkt; vielmehr soll die Anschwärzung eines Erwerbsgeschäfts auch dann zur Verantwortung gezogen werden, wenn sie von einer außerhalb des geschäftlichen oder gewerblichen Verkehrs stehenden Privatperson verübt wird. Deshalb wird auch § 6 ausnahmsweise auf die an der Herstellung und Verbreitung einer Druckschrift beteiligten Personen anzuwenden sein, vorausgesetzt, daß ihre Tätigkeit zu Zwecken des Wettbewerbs geschehen ist. **RG.** JW. **02** 139.

c) **RG.** SeuffA. **56** 308: Auch Briefe, die ins Ausland gehen, können den Tatbestand des § 6 enthalten, wenn der Ort der Absendung in Deutschland liegt. **RG.** R. **01** 125.

d) Der § 6 als Spezialgesetz ist fortdauernd in Geltung geblieben, auch nachdem im BGB. eine Bestimmung allgemeiner Art über die Aufstellung und Verbreitung unwahrer Angaben Aufnahme gefunden hat. Folglich ist trotz des BGB. zur Anwendung des § 6 ein Verschulden auf seiten des Behauptenden nicht erforderlich. Ebensowenig ist der § 6 deshalb nicht anwendbar, weil die Quelle, von welcher die Behauptung stammt, angegeben wird. **RG.** UnlW. **01** 31.

2. Aufstellen und Verbreiten.

a) **RG.** JW. **03** 406, UnlW. **3** 28: Zwischen Aufstellen und Verbreiten besteht ein Unterschied; wer eine Behauptung tatsächlicher Art aufstellt, stellt sie einem anderen gegenüber als Gegenstand eigenen Wissens hin; wer eine solche Behauptung verbreitet, gibt die Behauptung, die er von einem anderen, dem Aufstellenden, erfahren hat, an einen Dritten weiter. Vgl. M. M. Kohler 155.

b) **RG.** R. **03** 557: Wer die ihm überbrachte, gegen § 6 verstoßende Mitteilung eines Dritten über das Erwerbsgeschäft eines anderen weitergibt, verbreitet die unrichtige Behauptung; darauf, daß er sie nicht aufgestellt hat, kann er sich berufen.

c) **RG.** JW. **01** 65: Eine wörtliche Wiedergabe der den klägerischen Anspruch begründenden Behauptung in dem zu erlassenden Verbote der Wiederholung oder Verbreitung ist nicht notwendig; es genügt, wenn die untersagte Behauptung mit der festgestellten ihrem wesentlichen Inhalte nach übereinstimmt.

3. Behauptungen tatsächlicher Art. Vgl. im allgemeinen § 1 Ziff. IV.

a) Als Behauptungen, welche unter § 6 fallen, sind ferner angesehen worden:

α. ein Restaurateur liefere Margarine statt Butter. LG. Breslau, UnlW. 1 140;

β. der Senf des Klägers enthalte Kartoffelmehl, OLG. Dresden bei Poeschl 110;

γ. der Kläger sei zur Löschung eines Warenzeichens verurteilt worden, OLG. Hamburg bei Poeschl 111;

δ. RG. JW. 01 86: Eine Versicherungsgesellschaft mache von ihren Verwirkungsklauseln Gebrauch, um ihre Einnahmen und Ausgaben in das Gleichgewicht zu bringen.

ε. RG. JW. 00 476: Die Eismaschinen der Klägerin ständen um 20% hinsichtlich ihrer Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit hinter denen der Beklagten zurück.

ζ. die Behauptung der Patentverletzung fällt unter § 6, wenn sie keine bloße subjektive Ansicht, sondern ein durch Anführung angeblicher Tatsachen begründetes Urteil und insoweit eine Behauptung tatsächlicher Art enthält. Eine Behauptung, welche lediglich ein tatsächlich in keiner Weise begründetes Urteil enthält, ist nicht als eine solche tatsächliche Art im Sinne des § 6 anzusehen. Andererseits kann die Aufstellung einer Ansicht oder eines Urteils auch eine Behauptung tatsächlicher Art enthalten, wenn nämlich das Urteil etwas als geschehen oder vorhanden, also in einer Weise aufstellt, daß die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Behaupteten im gegebenen Falle objektiv festgestellt werden kann. RG. JW. 01 658, UnlW. 1 30. Urteile als Behauptungen tatsächlicher Art vgl. zu § 1 IV A 3.

Wer von einem anderen behauptet, er beabsichtige eine Täuschung des Publikums, stellt eine Behauptung tatsächlicher Art auf, zumal wenn diese Täuschungsabsicht aus einer gleichfalls behaupteten äußeren Tatsache gefolgert wird. RG. JW. 01 124.

b) Behauptungen tatsächlicher Art liegen nicht vor, wenn nur allgemein gesagt ist, daß die Waren der Klägerin schlechter seien als die der Beklagten. RG. JW. 00 476.

c) RG. SeuffA. 55 158: Die Behauptung, daß die Ware eines anderen durch Patentverletzung hergestellt sei, kann als eine üble Nachrede im Sinne des § 6 aufgefaßt werden, wenn in demjenigen, dem gegenüber die Angabe gemacht wird, die Vorstellung erweckt werden soll, daß dabei zugleich böser Wille oder grobe Fahrlässigkeit obwalte.

4. Gegenstand der unwahren Behauptungen.

a) α. Erwerbsgeschäft ist jede auf Gewinn abzielende geschäftliche Unternehmung im weitesten Sinne. RG. JW. 01 85.

β. RG. JW. 00 76: Unter der besonderen Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts, eines gewerblichen Unternehmens oder einer Druckschrift ist die von dem Inhaber freigewählte Bezeichnung des Unternehmens zu verstehen, welche geeignet ist und dazu dienen soll, dasselbe von gleichartigen Unternehmungen anderer Gewerbetreibender zu unterscheiden. Daraus folgt, daß die Priorität des Gebrauchs der Bezeichnung zu dem angegebenen Zwecke dafür maßgebend ist, wer als befugt zur Benutzung der Bezeichnung zu gelten hat. Wer zuerst eine solche besondere Bezeichnung für sein gewerbliches Unternehmen benutzt, ist im Sinne des § 8 als befugt demjenigen gegenüber anzusehen, dessen Gebrauch aus einer späteren Zeit eintritt. Auf den redlichen Erwerb seitens des letzteren kommt es hierbei nicht an, vielmehr ist die Klage aus § 8 gegen ihn begründet,

wenn er die zur Verwechselung geeignete Bezeichnung in einer Weise benutzt, welche darauf berechnet ist, Verwechselungen hervorzurufen.

b) Ehrenrührige Äußerungen über die Person des Inhabers eines Erwerbsgeschäfts fallen unter den § 6, wenn die weiteren Voraussetzungen des § 6 vorliegen, namentlich, wenn sie geeignet sind, den Betrieb des Geschäfts, d. h. die für dessen Ausübung erforderliche Tätigkeit des Geschäftsinhabers, zu schädigen, worunter auch eine Erschwerung des Geschäftsbetriebes fallen kann. **RG.** JW. **01** 310, UnlW. **1** 11.

c) **RG.** UnlW. **1** 155: Auch unrichtige Angaben über die Preisbemessung fallen unter den Begriff „gewerbliche Leistungen" im Sinne des § 6.

5. OLG. Colmar, R. **02** 132: Eine zum Zwecke des Wettbewerbes begangene Anschwärzung liegt auch dann vor, wenn der Verleger einer Zeitung anonym an Inserenten einer Zeitung desselben Ortes, deren Leserkreis sich aus denselben Bevölkerungsschichten wie derjenige der ersten Zeitung bildet, Mitteilungen der im § 6 erwähnten Art sendet und anzunehmen ist, daß er nicht bloß die Adressaten vom Inserieren in der bisherigen Zeitung abwendig zu machen, sondern auch die Inserate auf seine eigene Zeitung hinzulenken bezweckte.

6. a) Lobe, UnlW. **1** 163: Geeignet im Sinne des § 6, den Betrieb des Geschäfts oder den Kredit des Inhabers zu schädigen, ist eine Behauptung nicht schon, wenn ihr Inhalt für sich genommen in einer Tatsache besteht, deren Kenntnis bei anderen einen schädigenden Einfluß ausüben würde, sondern nur dann, wenn außerdem auch die Behauptung jenes Inhalts in einer Weise aufgestellt oder verbreitet wird, daß sie eben jene schädigende Wirkung äußern kann; mit anderen Worten: auch das Aufstellen und Verbreiten muß, an sich genommen, geeignet sein, den bezeichneten Schaden herbeizuführen. Die subjektive Absicht allein, einen unlauteren Wettbewerb zu begehen, macht die Handlung noch nicht zu einer ihm unterfallenden. „Zu Zwecken des Wettbewerbes" bedeutet nicht nur subjektiv das Motiv der Handlung, sondern stellt objektiv das Ziel auf, das zu erreichen die Handlung auch objektiv geeignet sein soll. Vgl. Schröder, UnlW. **2** 21 ff.

b) Als Behauptungen tatsächlicher Art, welche den Betrieb schädigen sind die folgenden angesehen worden:

α. Ein Kaufmann habe seinen langjährigen Angestellten unter gesuchten Gründen plötzlich entlassen, **RG.** UnlW. **2** 38;

β. ein Baumeister habe einem Auftraggeber zuviel angerechnet, OLG. Dresden, DJZ. **00** 98;

γ ein Kaufmann habe wegen mangelhafter Lieferung verschiedene Prozesse. **RG.** UnlW. **1** 181;

δ. ein Kaufmann mache unlautern Wettbewerb, LG. Hannover, UnlW. **1** 28.

7. **RG.** **55** 201, JW. **03** 297: Der Ausdruck „Verletzter" bedeutet im Sinne des Gesetzes nicht nur denjenigen, der wirklich Schaden erlitten hat, sondern überhaupt denjenigen, über dessen Person oder Erwerbsgeschäft die zur Schädigung geeigneten Behauptungen aufgestellt sind. Abweichend; OLG. **7** 183 (Frankfurt): „Verletzter" ist nur der Inhaber des Geschäfts, der Geschäftsleiter ist, wenn sich Äußerungen der im § 6 erwähnten Art auf ihn beziehen, auf denjenigen Schutz beschränkt, den das Strafgesetzbuch gibt.

8. Täter.

a) Die §§ 20 und 21 des Preßgesetzes regeln nur die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die durch die Presse begangenen Handlungen. Die Frage, ob und inwieweit für eine durch die Presse begangene Zuwiderhandlung gegen § 6 UnlWG., abgesehen vom Einsender oder Verfasser, auch die an der Anfertigung und Verbreitung der Druckschrift beteiligten Personen — Verleger, Her=

ausgeber, Redakteur, Drucker, Verbreiter — in zivilrechtlicher Hinsicht als Täter oder Teilnehmer, insbesondere als Mittäter anzusehen und zivilrechtlich haftbar sind, bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen. **RG. 50** 107, JW. **02** 139, UnlW. **1** 106.

b) Anschwärzung durch Handlungsgehilfen.

α. Kohler, UnlW. **1** 2: Für Anschwärzung durch Handlungsgehilfen, welche im Geschäft oder sonst in der Ausübung der geschäftlichen Verrichtungen geschehen, haftet der Geschäftsherr nach § 831 BGB., falls ihm eine Fahrlässigkeit zur Last fällt. Anderenfalls kann der Prinzipal zwar nicht zum Schadensersatz angehalten, wohl aber kann ihm auferlegt werden, für die Zukunft das zu tun, was nötig ist, um eine Wiederholung ähnlicher Vorkommnisse zu verhüten. Man wird von ihm verlangen müssen, daß er alle Mittel des Aufsichtszwanges in Anwendung bringt, selbst bis zur Drohung der Entlassung, ja bis zur Entlassung selbst, falls ähnliche Vorkommnisse sich trotzdem wiederholen sollten.

β. Wassermann, UnlW. **1** 53, tritt den Ausführungen Kohlers entgegen, daß zur Leitung der Verrichtung auch die Anweisung über das Verhalten bei Ausführung der Geschäfte gehört. In der Praxis dürfte sich eine Haftung des Geschäftsherrn nur dann begründen lassen, wenn es sich um eine Wiederholung eines schon einmal gerügten Vorkommnisses handelt. In einem solchen Falle dürfte § 826 BGB. einen stärkeren Schutz gewähren als die Bestimmungen der §§ 6 und 7 in Verbindung mit § 831 BGB.

γ. **RG.** JW. **03** 128 vgl. zu § 1 VIII 5a: Die Frage ob der Geschäftsherr bezüglich des Unterlassungsanspruchs für die von seinem Geschäftsführer bewirkte unlautere Reklame verantwortlich gemacht werden kann, entscheidet sich nicht nach § 831 BGB. sondern nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Hat der Inhaber eines Geschäfts, zu dessen Betrieb nach tatsächlicher Feststellung die Reklame gehört, einen Geschäftsführer bestellt, so muß er dafür Sorge tragen, daß sein Geschäftsführer die ihm erteilte Befugnis nicht mißbraucht. Hat er diese Verpflichtung unterlassen, so muß gegen ihn die Unterlassungsklage gestattet sein, damit er der Verpflichtung nachkommt.

9. a) § 6 UnlWG. verlangt weder für den Schadensersatzanspruch noch für den Verbotsanspruch ein besonderes Verschulden des Täters, welches durch dessen Gutgläubigkeit ausgeschlossen werden könnte. In subjektiver Hinsicht wird nur gefordert, daß die nicht erweislich wahre Behauptung zu Zwecken des Wettbewerbes aufgestellt oder verbreitet ist. **RG.** JW. **01** 809, UnlW. **1** 46.

OLG. 7 181 (Stuttgart): Die Klage aus § 6 ist eine Klage aus unerlaubter Handlung. Der Gerichtsstand des § 32 ZPO. ist begründet.

b) Der Verbots- und Schadensersatzanspruch des § 6 setzt ein Verschulden auf seiten des Beklagten nicht voraus. **RG.** JW. **01** 809; Staub, UnlW. **1** 7; **RG.** R. **01** 182.

c) Die Beweislast trifft im Falle des § 6 den, welcher die Behauptungen aufstellt oder verbreitet. **RG.** JW. **01** 85. OLG. **7** 184 (Hamburg).

d) **RG. 55** 200: Der Unterlassungsanspruch und der Ersatzanspruch des § 6 bestehen nebeneinander und sind voneinander unabhängig. Dies ergibt sich aus dem Wortlaute des Gesetzes, es folgt aber auch aus der Erwägung, daß nach der Vorschrift des § 6 schon genügt, daß die Behauptungen geeignet sind, den Betrieb des Geschäfts oder den Kredit zu schädigen, und die Schadensersatzklage nur gegeben ist, wenn hierdurch wirklich ein Schaden entstanden ist.

e) Einstweilige Verfügungen wegen Zuwiderhandlung gegen § 6 dürfen nur erlassen werden, wenn die allgemeinen Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung gemäß der ZPO. vorliegen. Der § 3 des Gesetzes ist im Falle des § 6 nicht analog anwendbar. **RG.** JW. **01** 85.

10. a) Ein berechtigtes Interesse im Sinne von § 6 Abs. 2 liegt vor, wenn die Aufstellung oder Verbreitung der Behauptung zur Verteidigung der eigenen Waren gegen fremde Angriffe geschieht. **RG.** JW. **01** 124.

b) **RG.** JW. **02** 594: „Ein berechtigtes Interesse" kann nur aus Gründen angenommen werden, die hauptsächlich außerhalb des Zweckes des Wettbewerbsgesetzes liegen, insbesondere nicht, wenn die Absicht der Schädigung eines Konkurrenten obwaltet. Vgl. **RG.** R. **00** 593, OLG. Cöln, R. **03** 268.

OLG. **7** 184 (Hamburg): Ein berechtigtes Interesse ist nicht schon vorhanden, wenn ein Zirkular (Kläger mache dem Beklagten vertragswidrige Konkurrenz) im geschäftlichen Interesse des Versenders oder seiner Kunden abgesandt wird.

c) (§§ 6, 7.) Wird eine unwahre Behauptung im Sinne der § 6, 7 UnlWG. mit Kenntnis ihrer Unwahrheit aufgestellt oder verbreitet, so ist ein berechtigtes Interesse an der Aufstellung oder Verbreitung der Behauptung nicht anzuerkennen. **RG.** JW. **02** 139.

d) **RG.** JW. **00** 54: § 6 Abs. 2 enthält nicht ein negatives Tatbestandsmerkmal, sondern ein Verteidigungsmittel, welches vom Beklagten geltend gemacht werden muß; von ihm sind die Unterlagen zu beschaffen.

e) OLG. Karlsruhe bei Poeschl 112: Das berechtigte Interesse beschränkt sich nicht auf bloß von Person zu Person gemachte, insbesondere vertrauliche Mitteilungen.

**§ 7.** 1. **RG. 53** 400, JW **03** 128: Durch eine Zuwiderhandlung gegen § 7 wird ein Anspruch auf Unterlassung einer Fortsetzung oder Wiederholung dieser Handlungsweise begründet. Dies genügt aber für die Zulassung einer Klage auf Untersagung einer Handlung, wenn eine Fortsetzung oder Wiederholung derselben zu erwarten ist.

2. **RG.** Straff. **32** 303, DJZ. **03** 74: Die Worte „wider besseres Wissen" müssen, wie im § 187 StGB., dahin aufgefaßt werden, daß der Täter das Wissen der Unwahrheit haben müsse, so daß die Möglichkeit der Unwahrheit nicht genügt.

**§ 8.** 1. Schutz des Namens. Vgl. Allgemeines JDR. **1** und **2** zu § 12 BGB.

a) LG. I Berlin, UnlW. **1** 152: § 8 schützt nicht nur den bürgerlichen, sondern auch den Künstlernamen. Dies ergibt sich aus der Gleichstellung des ersteren mit der Firma und der Bezeichnung des Erwerbsgeschäfts. Der Künstlername ist zwar keine Firma im eigentlichen Sinne, hat aber denselben Zweck. Der Träger will durch Führung dieses Pseudonyms die Verwechselung mit anderen Künstlern, die denselben bürgerlichen Namen tragen, vermeiden.

**RG.** UnlW. **1** 110, JW. **02** 138: § 8 ist nur von der Person des Geschäftsinhabers zu verstehen, auf die Bezeichnung von Waren bezieht er sich nicht.

b) OLG. Colmar, DJZ. **03** 348: Auch der eigene Name kann in einer Weise benutzt werden, welche darauf berechnet und geeignet ist, Verwechselungen mit dem Namen eines anderen hervorzurufen. Der Mißbrauchende kann zur Unterlassung der mißbräuchlichen Benutzung des eigenen Namens angehalten werden.

2. Schutz der Firma. Vgl. Allgemeines JDR. **2** zu § 17 ff. HGB.

a) Der Umstand, daß eine Firma den handelsrechtlichen Bestimmungen entspricht, schließt die Anwendung des § 8 nicht aus. **RG.** JW. **01** 256.

b) **RG. 48** 241: In der Beibehaltung eines eine Firmenbezeichnung enthaltenden Warenzeichens kann zugleich eine Benutzung der Firma selbst gefunden werden.

3. Die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts.

a) Über die Bedeutung Erwerbsgeschäft vgl. § 6 Ziff. 4 a α.

b) Derjenige bedient sich befugterweise einer besonderen Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts, der sie zuerst im geschäftlichen Verkehre benutzt hat. **RG.** JW. **01** 64. Vgl. **RG.** JW. **00** 76, oben § 6 Ziff. 4 a β.

c) Daraus, daß eine besondere Bezeichnung für ein Haus eine berechtigte ist, ist nicht zu schließen, daß diese Bezeichnung auch für das darin betriebene Erwerbsgeschäft bei Vorhandensein der Gefahr einer Verwechselung mit anderen Erwerbsgeschäften erlaubt ist. **RG.** JW. **01** 63.

d) Conrades, R. **02** 10: § 8 trifft nicht die Fälle, in denen der Nachfolger oder sonst ein Dritter sich des Etablissementsnamens bedient, den jemand früher benutzt hat oder für ein Geschäft ganz anderer Art jetzt noch benutzt.

e) **RG.** UnlW. **2** 83: Der Inhaber einer Weinwirtschaft „Zu den drei Kronen" kann von seinem Nachbarn, der eine Weinwirtschaft errichtet, auf Grund des § 8 UnlWG. verlangen, daß er an seinem Hause keine Aufschriften mit einer Krone in Wort oder Bild anbringt.

4. Besondere Bezeichnung einer Druckschrift.

a) KG., UnlW. **1** 59, vgl. **RG.** ebenda 92: Unter der besonderen Bezeichnung einer Druckschrift versteht man allgemein die charakteristische, eigentümliche, zur Unterscheidung von anderen geeignete Bezeichnung einer Druckschrift. Sie kennzeichnet das journalistische Unternehmen in seiner Individualität. Es kommt nicht darauf an, daß einzelne Worte der Bezeichnung, z. B. die Worte Zeitung oder Zeitschrift, von jedem gebraucht werden können. Maßgebend ist vielmehr die Gesamtbezeichnung der Druckschrift, welche derjenige, der sich durch Nachahmung verletzt fühlt, befugterweise benutzt.

b) Paech, Der zivilistische Titeldiebstahl, GRschutz **02** 272 ff. § 8 gibt eine ausdrückliche und wichtige Handhabe gegen Titeldiebe. Doch versagt diese Bestimmung in vielen und sogar in schreienden Fällen. In 4 Richtungen ist der Titelschutz nach Maßgabe des Gesetzes ungenügend. Es sind dies:

α. der Kreis der zur Ahndung des Titelmißbrauchs berechtigten Personen,

β. der notwendige Nachweis der Verwechselungsabsicht des Täters bzw. der Nachweis der Fortdauer dieser Absicht in den gerade zur Behandlung stehenden Fällen,

γ. das Erfordernis der mißbräuchlichen Titelbenutzung im geschäftlichen Verkehr,

δ. und die Kürze der Verjährungsfristen.

Abhilfe schaffen die §§ 823, 826 BGB.

c) α. **RG.** **44** 101: Der Titel einer Zeitschrift ist als besondere Bezeichnung einer Druckschrift anzusehen. Da nach Wesen und Zweck ein Zeitungstitel von einem Warenzeichen zu unterscheiden ist, kann eine mißbräuchliche Benutzung eines Zeitungstitels auch von demjenigen ausgehen, welcher durch die Eintragung in die Zeichenrolle das Recht erlangt hat, den Zeitungstitel als Warenzeichen anzubringen. Durch die Verurteilung zur Unterlassung des Gebrauchs eines Zeitungstitels als solchen auf Grund des § 8 wird daher rechtlich in das Zeichenrecht nicht eingegriffen.

β. Die Verwechselungsgefahr ist bei Zeitungstiteln abhängig von den Anschauungen, Erfahrungen und Gewohnheiten der betreffenden Verkehrskreise, welche die Zeitungen zu lesen und zu benutzen pflegen. **RG.** JW. **01** 212.

d) **RG.** UnlW. **1** 94: Der offizielle Charakter einer Zeitschrift schließt die Anwendung des § 8 nicht aus. Die Herausgabe des amtlichen, vom Patentamte herausgegebenen „Patentblatts" erfolgt im geschäftlichen Verkehre.

e) „Struwelpeter" als besondere Bezeichnung einer Druckschrift (Kinderbilderbuch), welche diese Eigenschaft im Laufe der Zeit bewahrt hat und nicht Gattungsnamen geworden ist. **RG.** JW. **03** 53.

5. Verhältnis zum Warenzeichengesetz vgl. Osterrieth, UnlW. 1 69; Wassermann, ebenda 1 162.

a) Die Aufnahme eines Namens oder einer Firma in ein Warenzeichen stellt sich als eine Benutzung des Namens oder der Firma im Sinne des § 8 dar, welche im geschäftlichen Verkehre stattfindet. Geschieht diese Verwendung des Namens oder der Firma mißbräuchlich im Sinne des § 8, so ist das Zeichen ein rechtswidriges, und es kann auf Löschung geklagt werden. **RG. 48** 233, UnlW. **1** 10.

b) Der Anspruch aus § 8 steht nur dem berechtigten Inhaber des Namens, der Firma oder der besonderen Bezeichnung des Erwerbsgeschäfts zu, nicht dem bloßen Inhaber eines Warenzeichens. **RG. 55** 241, JW. **03** 317, DJZ. **03** 477. Vgl. § 13 WarenzeichGes.

c) **RG. 48** 237: Wer im unanfechtbaren Besitz eines Warenzeichens auf Grund des Gesetzes, vom 12. 5. 94 ist, kann nicht auf Grund eines anderen Gesetzes, insbesondere des § 8 UnlWG. an der Führung dieses Zeichens in seiner Gesamtheit gehindert werden. Ein Anspruch auf Löschung eines Warenzeichens ist bei Vorhandensein der Voraussetzungen des § 8 gegeben.

d) Durch den Gebrauch des Wortes „Original" ebensowenig wie durch den des Wortes „echt" wird mit Beziehung auf die Bezeichnung Bullrichsalz den Bestimmungen des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes zuwider gehandelt. **RG.** JW. **02** 224, UnlW. **1** 138.

6. Veröffentlichungsmöglichkeit.

§ 8 ist nicht bloß dann anwendbar, wenn die Bezeichnung von vornherein in der Absicht gewählt ist, Verwechselungen hervorzurufen. Es genügt, wenn der Gewerbetreibende die Bezeichnung zwar in gutem Glauben und ohne unlautere Absicht gewählt hat, aber später nach erlangter Kenntnis von einem Konkurrenzgeschäft absichtlich dazu mißbraucht, Verwechselungen mit diesem hervorzurufen. **RG.** JW. **03** 189, UnlW. **2** 91.

7. Der Unterlassungsanspruch.

a) Die Klage auf Unterlassung der mißbräuchlichen Art der Benutzung ist gegen eine künftige unrechte Tat gerichtet und auch gegeben, wenn die Fortsetzung eines bereits der Vergangenheit angehörenden Tuns des Beklagten in Zukunft zu erwarten ist. **RG. 48** 233.

b) Der Unterlassungsanspruch aus § 8 UnlWG. ist gerichtet auf Nichtfortsetzung einer rechtswidrigen Handlungsweise. Verboten kann nur werden, was bereits verübt war; insbesondere ist es nicht zulässig, durch die Bezeichnung „ähnlich" im voraus allgemein noch gar nicht näher bestimmte Verfahrensarten zu untersagen. **RG.** JW. **02** 100/101.

c) OLG. **1** 472 (KG.): Die Unterlassungsklage des § 8 ist ganz allgemein, nicht nur gegen den Konkurrenten gegeben. § 8 ist in allen Fällen anwendbar, in welchen eine Verwechselungsmöglichkeit besteht, sollte auch infolge der Verwechselungen dem anderen weder ein Kunde entzogen, noch ein sonstiger Schaden zugefügt sein.

Literatur: Friedländer, Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses. Berlin 1903.

**§ 9.** 1. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse.

a) Zu unterscheiden ist die Eignung und die Eigenschaft einer Tatsache oder eines Vorganges, geheim zu sein. Erstere ist immer vorhanden, letztere nur, wenn nach der objektiven Seite Mangel der Offenkundigkeit, nach der subjektiven der irgendwie ersichtliche Wille des Geheimnisbewahrers dazu kommt, etwas geheim zu halten. Der Oberbegriff für Geschäfts- und Betriebsgeheimnis ist der des gewerblichen Geheimnisses (53).

Das Geheimnis muß einem oder mehreren ausschließlich gehören. Aber nicht jede Verallgemeinerung schließt den Begriff aus. Ausschließlich eigen ist es, solange als nur die zu seiner Kenntnis Berufenen es kennen. Diese sind durch den Geschäftsbetrieb oder gleich gerichtete Interessen miteinander verbunden. Zum Begriffe gehört ferner eine gewisse Neuheit des geheim gehaltenen Gegenstandes. Neuheit und Ausschließlichkeit werden sich oft decken. Das Geheimnis muß weiter ein Bestandteil der Individualität des betreffenden Geschäftsbetriebs sein (58).

Der Wille des Inhabers kann sich auch durch konkludente Handlungen äußern. Es genügt aber, daß er das, was er geheim gehalten wissen will, allgemein so kenntlich macht, daß es dem sachkundigen Angestellten erkennbar ist. Der Wille des Inhabers ist begrenzt. Er muß ein Interesse an der Geheimhaltung haben, das weist das bloße Interesse an der Urheberschaft schon aus. ➝ Finger und Freudenstein lassen nur das vermögensrechtliche Interesse gelten. ← Was objektiv betrachtet kein Geheimnis ist, kann er nicht dazu machen (61).

Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse voneinander abzugrenzen, ist undurchführbar, auch ohne praktische Bedeutung. Die Unterscheidung zwischen der auf den Vertrieb einer-, die Herstellung andererseits gerichteten Tätigkeit reicht meist aus (62).

Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sind alle einem Geschäftsbetrieb eigentümlichen, nicht offenkundigen Tatsachen, welche, wie erkennbar, zum Ausdrucke gekommen sind, nicht offenbart werden sollen und an deren Nichtoffenbarung der Inhaber des Geschäftsbetriebs ein Interesse hat (64).

Im Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse wird das Resultat der physischen und geistigen Kraft des Gewerbetreibenden geschützt und ihm ein Recht daran als einem Ausflusse seiner Persönlichkeit gewährt (77).

b) M. M. Kohler 181: Das Gewerbegeheimnis besteht seinem Inhalte nach aus einer vorenthaltenen Kenntnis, nämlich der von vorteilhaften Verfahrungsweisen sowohl in bezug auf den Vertrieb von solchen, schließlich auch noch in der Kenntnis von Eigentümlichkeiten des betreffenden Gewerbebetriebs, deren Geheimhaltung im Interesse des Unternehmers gelegen ist. Es sind zwei Klassen von Geheimnissen dieser Art zu unterscheiden (die Unterscheidung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen ist hierfür irrelevant). Die ersteren, deren Inhalt eine vorteilhafte Verfahrensweise ist, und bei der das Interesse des Geschäfts dahin geht, sie ausschließlich ausnutzen zu können, entweder zufolge des Geheimseins oder durch besonderen staatlichen Schutz, also Gewerbegeheimnisse, und zwar ebensowohl Geschäfts- wie Betriebsgeheimnisse, von positiv nützlichem Inhalte, deren Kenntnis nur hierdurch bedingte Anwendung im Wettbewerbskampfe dem Betriebe oder Geschäfte dann einen Vorsprung vor den Konkurrenzunternehmungen gibt, wenn diese infolge ihrer Unkenntnis hiervon das gleiche Kampfmittel nicht verwenden können. Insofern haben diese Gewerbegeheimnisse mit dem positiv nützlichen Inhalt einen offensiven Charakter. Dieser Klasse der offensiven Gewerbegeheimnisse stehen solche defensiver Tendenz gegenüber. Hier handelt es sich nicht wie dort um Kunstgriffe, Ergebnisse eines Denkprozesses, Erfindungen, deren Verwertung im Wettbewerbskampfe als Förderungsmittel zur Erreichung des erstrebten Zieles dienen kann, hier handelt es sich vielmehr um tatsächliche Eigenschaften des Betriebs, um Vorgänge und Zustände bei der gewerblichen Produktion oder beim Umsatze der Produkte, bei denen es zwar möglich ist, daß sie dem Betriebe oder Vertriebe einen Vorteil gewähren, bei denen es aber darauf in keiner Weise ankommt, vielmehr lediglich auf den Zustand des Geheimnisses.

Geschäftsgeheimnisse offensiver Natur sind z. B. Preiskalkulationen, besonders zusammengestellte Kundenlisten, Geschäftsgeheimnisse defensiver Natur die Bilanzen und Buchabschlüsse eines Einzelgeschäfts.

**RG.** R. **03** 406: Geschäftsgeheimnis kann jedes in dem Betrieb eines Geschäfts verwertete, nicht allgemein bekannte Verhältnis sein, hinsichtlich dessen der Geschäftsherr daran interessiert ist, daß es Konkurrenten nicht bekannt wird. Zum Begriffe des Geschäftsgeheimnisses gehört nicht, daß für Konkurrenten jeder Weg, sich auf erlaubte Weise von dem bezüglichen Verhältnisse Kenntnis zu verschaffen, verschlossen ist. Verrat von Geschäftsgeheimnissen kann auch darin erblickt werden, daß der Bedienstete eines Geschäfts eine bestimmte Firma als auswärtige Vertreterin dieses Geschäfts einem Konkurrenten zum Zwecke geeigneter geschäftlicher Verwertung mitteilt.

c) **RG.** Straff., UnlW. **2** 90: Der gesetzliche Schutz umfaßt Betriebsgeheimnisse im weitesten Sinne, Geisteswerke höherer und niederer Art; er greift gerade ein, wo die Gesetze über das geistige Eigentum, das Patentgesetz insbesondere und die anderen den gewerblichen Rechtsschutz betreffenden versagen.

Betriebsgeheimnisse sind nicht nur wirkliche Erfindungen, sondern auch technische Fortschritte und Hilfsmittel aller Art. Ein besonderes Verfahren, ja selbst ein Kunstgriff kann unter Schweigegebot stehen, wenn er nur sonst nicht bekannt ist. Das erkennbare Interesse des Geschäftsinhabers und sein Wille entscheiden hierüber. Selbstverständlich muß das Betriebsgeheimnis kein absolutes, es kann außer dem Geschäftsinhaber auch anderen Eingeweihten, selbst anderen Betrieben bekannt sein, wenn nur sein Gegenstand für die Konkurrenz nicht offenkundig ist.

d) **RG.** JW. **02** 610: Ein Geschäftsgeheimnis kann vorliegen, obwohl nicht nachgewiesen ist, daß die Tatsache im Geschäft als Geheimnis behandelt ist, wenn ihre Geheimhaltung der Wichtigkeit wegen von selbst geboten war.

e) Beispiele für Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse aus der Praxis führt an Finger, UnlW. **1** 35. Vgl. ferner:

α. **RG.** Straff. **33** 62: Verzeichnisse auswärtiger Vertreter und Rabattkundenlisten sind als Geheimnis anzusehen. Die Verwertung von Kenntnissen, die ein Angestellter durch Abschreiben von Listen erlangt hat, verstößt gegen die guten Sitten.

β. Sammlungen von Mustern, sowie Preislisten können als Eigentümlichkeit eines Unternehmens gelten, an deren Geheimhaltung ein begründetes geschäftliches Interesse besteht und die deshalb nach dem Willen des Unternehmers geheim zu halten sind. Ein absolutes Geheimhalten ist nicht erforderlich und wird dasselbe durch Bekanntwerden der Sammlungen und Preislisten in gewissen begrenzten Kreisen nicht ausgeschlossen. **RG.** Straff., DJZ. **01** 98.

γ. Die Eintragung eines Geschmacksmusters für einen Stoff nimmt demselben nicht die Eigenschaft eines Geschäftsgeheimnisses, wenn die Herstellung des Stoffes trotz der Anmeldung des Musters in weiteren Kreisen nicht bekannt werden sollte. **RG.** UnlW. **1** 5.

δ. KG., UnlW. **2** 57: Der Handlungsreisende, welcher aus den ihm auf die Reise mitgegebenen Kundenadressen usw. für sich Kunden abschreibt und nach seinem Dienstaustritt seinem neuen Prinzipal zur Verwertung übergibt, verstößt nicht gegen § 9. Vgl. zu dieser „nach mancher Richtung hin recht bedenklich" erscheinenden Entscheidung Lubszynski ebenda 58. Vgl. auch die abweichende Entscheidung des **RG.** DJZ. **98** 82.

ε. **RG.** UnlW. **2** 38: Ein Geschäftsgeheimnis liegt vor, wenn ein Geschäft, dessen Verkäuflichkeit allgemein bekannt ist, zu einem niedrigeren Preise als dem bisher verlangten dem Inhaber eines Konkurrenzgeschäfts angeboten wird.

ζ. RG. Straff. 33 355: Geschäftsgeheimnis sind die Mittel zur Lackbereitung bei einer Schuhwarenfabrik; RG. 32 136, die Methode, einen Stoff wasserdicht zu machen.

2. a) Friedländer 87: Mitteilung ist jede Form der Bekanntgabe. Sie ist befugt, wenn sie von dem Inhaber des Geschäftsbetriebs oder seinem Bevollmächtigten erlaubt ist oder wenn das Gesetz sie gestattet, z. B. in Notstand, Wahrnehmung berechtigter Interessen.

b) Als Mitteilung des Geschäftsgeheimnisses ist es anzusehen, wenn der Angestellte ein geheim gehaltenes Verfahren seinerseits zum Patent anmeldet. RG. JW. 01 284.

3. a) Dienstverhältnis.

Friedländer 84: Durch rechts- oder vertragswidriges Verlassen des Dienstes oder durch derartige Entlassung entsteht nur ein Versuch, die aus dem Dienstverhältnisse resultierenden Beziehungen zu lösen, wenn der andere Teil nicht zustimmt. Daher befreit nur die rechtswirksame Auflösung des Dienstverhältnisses den Angestellten von der Schweigepflicht (84).

b) Angestellte, Arbeiter.

α. Friedländer 84: Nur Personen, die in einem Vertragstreue erfordernden Unterordnungsverhältnisse zum Prinzipale stehen, kommen nach § 9 Abs. 1 in Betracht. Entgelt braucht nicht vereinbart zu sein.

Arbeiter sind diejenigen, welche ganz oder vorwiegend durch ihre physische Kraft dem Unternehmen dienen. Alle anderen sind „Angestellte".

β. Marcus, UnlW. 2 2: Zu den Angestellten gehören auch die Agenten.

γ. RG. Straff. 32 136: Der in einer Fabrik angestellte Chemiker, der nach dem Dienstvertrage die von ihm gemachten technischen Erfindungen der Fabrik zur Ausbeutung zu überlassen hat, ist als eine Person anzusehen, welcher die ihr gemachte einzelne Erfindung vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut gewesen ist. Vgl. RG. Straff. 32 216.

δ. RG. Straff. 33 7: Auch der Arbeiter kann mit dem Arbeitgeber in unlauteren Wettbewerb treten; durch § 9 Abs. 1 wird nicht nur der Verrat an solche Personen untersagt, die selbst mit dem Inhaber des Geschäfts in Wettbewerb treten wollen. Vgl. RG. UnlW. 2 40.

4. a) Der Beklagte ist nach seiner Entlassung befugt gewesen, die Erfahrungen und Kenntnisse, die er als Angestellter der Klägerin gewonnen hat, für sein eigenes Geschäft zu verwerten. Darin liegt auch nicht ein Verstoß gegen § 826 BGB. RG. JW. 03 Beil. 60; RG. Straff. 33 6.

b) OLG. Darmstadt, R. 03 187: Eine Vertragsklausel, wonach ein Handlungsgehilfe sich verpflichtet hat, die ihm von seinem Prinzipale überwiesenen Kunden innerhalb bestimmter Frist nicht zu besuchen, ist für alle Fälle der Auflösung des Dienstverhältnisses wirksam.

5. Friedländer 88: Kollidiert die Zeugnispflicht mit der Schweigepflicht, so geht erstere vor. Wo aber das Gesetz dem Zeugen durch die Befugnis, sein Zeugnis zu verweigern, die Möglichkeit gewährt, seiner Schweigepflicht zu genügen, handelt er unbefugt, wenn er als Zeuge gewerbliche Geheimnisse verrät. Denn hier ist von einer Kollision zwischen Zeugnis- und Schweigepflicht keine Rede.

Die §§ 823, 826 BGB. regeln subsidiär die zivilrechtlichen Folgen der Verletzung der Schweigepflicht; sie regeln sie allein, wo die Versicherungsgesetze, die Gewerbeordnung, das Margarine- und Weingesetz eine solche Pflicht statuieren (66).

Friedländer, UnlW. 3 21: Im Zivilprozesse kann der Angestellte, welcher zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, sein Zeugnis verweigern.

6. Friedländer 96: Ausmieten von Arbeitern (détournement

d'ouvriers). Wird durch ein Ausmieten von Gesellen oder Gehilfen, welches gegen § 125 GewO. verstößt, Kenntnis von einem Geheimnis erlangt, so kann § 9 Abs. 2 Anwendung finden, da eine gegen das Gesetz verstoßende Handlung vorliegt. § 9 Abs. 2 ist ferner anwendbar, wenn der Angestellte noch im Dienstverhältnisse stand, da dann die Kenntnis durch eine Mitteilung nach § 9 Abs. 1 erlangt ist. Letzteres liegt nicht vor, wenn das Engagement nach Beendigung des Dienstverhältnisses erfolgte, selbst wenn es geschah, um von dem Engagierten Geheimnisse zu erfahren. Ein Engagement in solcher Absicht verstößt aber gegen die guten Sitten. Die an sich erlaubte Handlung wird durch jene Absicht zu einer unerlaubten.

Die Verwertung einer durch Zufall oder sonst bona fide erlangten Kenntnis von einem Geheimnis ist erlaubt. § 9 Abs. 2 bedroht nicht die gegen die guten Sitten verstoßende Verwertung, sondern die Verwertung der in solcher Weise erlangten Kenntnis. Die Kenntnis ist aber hier nicht durch eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung erlangt. § 226 BGB. kann hier nicht herangezogen werden, denn die Ausübung erfolgt hier nicht nur, um dem anderen Schaden zuzufügen (97).

7. **RG.** UnlW. **1** 60, DJZ. **02** 44: § 9 begründet einen Untersagungsanspruch.

**§ 10.** 1. **RG.** Straff. **32** 28: Das Begriffsmerkmal des Wettbewerbes ist im Sinne der §§ 6, 9, 10 nur da erfüllt, wo der Täter in einen wirtschaftlichen Kampfe mit anderen eintreten will, der darauf abzielt, in einer wider Treu und Glauben und die geschäftliche Wohlanständigkeit und Redlichkeit verstoßenden Weise den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb dieser anderen durch Schmälerung ihres Absatzes, durch Entziehung von Kunden oder sonstige geeignete Mittel zu beeinträchtigen und unproduktiver zu machen, gerade hierdurch aber dem eigenen Geschäftsbetrieb auf dem Markte des wirtschaftlichen Verkehrslebens eine größere Ausdehnung und gesteigerte Einträglichkeit zu verschaffen, und gerade auf diesem Wege die den anderen Geschäftsinhabern entzogenen geschäftlichen Vorteile sich zuzuwenden. Aus diesem Begriffe des Wettbewerbes (geschäftlicher Konkurrenz) folgt auch von selbst, daß die von dem Täter des Vergehens aus § 10 des Gesetzes und den von ihm bekämpften Geschäftsinhabern bei ihren geschäftlichen Betrieben verfolgten Ziele die gleichen sein müssen, daß also auf beiden Seiten der geschäftliche Betrieb darauf gerichtet sein muß, vollständig gleichen oder doch wenigstens im wesentlichen übereinstimmenden wirtschaftlichen Bedürfnissen Dritter durch Zuführung geeigneter Befriedigungsmittel zu Hilfe zu kommen, und hierdurch den eigenen Geschäftsbetrieb vorteilhaft zu gestalten. Von einem Wettkampfe kann unmöglich gesprochen werden, wenn die von den betreffenden Personen verfolgten Ziele auf ganz verschiedenen Gebieten liegen, wenn also z. B. der eine einen immer größer werdenden Absatz für seine Waren durch Vermehrung der Kauflustigen oder sonstigen Nehmer, der andere nur eine billigere Befriedigung seines Privatgebrauchs sucht.

2. **RG.** Straff. **32** 309: Der Begriff „Bestimmen" erfordert nur einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Bestimmenden und der Handlung dessen, der bestimmt wird. Die Anwendung von besonderen Mitteln, Versprechungen usw. ist nicht erforderlich. Da § 10 schon das Unternehmen, einen anderen zu bestimmen, mit Strafe bedroht, so wird damit zum Ausdrucke gebracht, daß jede Tätigkeit strafbar sein soll, die nach dem Willen des Täters auf die Herbeiführung des rechtswidrigen Erfolges, nämlich die unbefugte Mitteilung des Geheimnisses abzielt.

3. Marcus, R. **01** 306: Die Vorschrift des § 10 erweist sich als unzureichend im Falle der Ausmietung von Personal durch einen Konkurrenten; vgl. oben § 9 Ziff. 6.

**§ 11.** Wiederholte, zeitlich getrennte Zuwiderhandlungen gegen § 1 Unl. WG. (unlautere Reklame), die nicht als ein fortlaufendes, einheitliches Tun anzusehen sind, sondern von denen jede auf einem besonderen Entschlusse beruht und jede eine selbständige Zuwiderhandlung darstellt, geben dem Geschädigten gesonderte selbständige Ansprüche auf Unterlassung, deren jeder auch einer besonderen Verjährung unterliegt. **RG. 49** 21, JW. **01** 619, UnlW. **1** 12.

LG. I Berlin, UnlW. **1** 152: Bei fortgesetzten Zuwiderhandlungen ist eine einzige fortgesetzte Handlung anzunehmen und nicht jedes neue Zuwiderhandeln als Einzelhandlung aufzufassen. Die Verjährungsfrist läuft daher von dem Tage, an welchem der Verletzende die verletzende Handlung in der Absicht, sie dauernd fortzusetzen, begann. Vgl. dazu die Redaktionsnotiz 154.

**RG.** JW. **02** 101, UnlW. **1** 94 (vgl. zu § 8): In der wiederholten Verwendung des Titels einer Zeitschrift, um die Verwechselung mit einem anderen Blatte hervorzurufen, kann die stets erneute Betätigung des auf unlauteren Wettbewerb gerichteten Willens gefunden werden. Deshalb erzeugt bei dieser auf geschäftlichen Erwägungen beruhenden Annahme jede Zuwiderhandlung einen neuen Anspruch, der einer besonderen Verjährung unterliegt.

**§ 13.** Die Bekanntmachung kann nicht durch ein vorläufig vollstreckbares Urteil angeordnet werden. OLG. Dresden, GRschutz **01** 277.

Die Zubilligung der Veröffentlichungsbefugnis hängt nicht davon ab, ob die Verbreitung der unrichtigen Angaben dem Beklagten zum Verschulden anzurechnen ist. Das Gericht wird die Befugnis regelmäßig zusprechen, wenn es zur Beseitigung der nachteiligen Wirkung, die die unrichtige Mitteilung des Beklagten hervorgerufen hat, erforderlich erscheint. OLG. 3 273 (Hamburg).

**RG.** Straff., DJZ. **03** 502: Die Entscheidung über die Anordnung der öffentlichen Bekanntmachung ist nicht dem Antragsteller zu überlassen. Maßgebend ist das öffentliche Interesse. Vgl. OLG. Dresden, SeuffA. **58** 403.

OLG. **7** 187 (Colmar), R. **02** 24: Durch die Anordnung der Bekanntmachung der Verurteilung wird die Befugnis des Verletzten nicht ausgeschlossen, auf eigene Kosten die Verurteilung des Gegners noch in anderen Zeitungen, als in den durch das strafgerichtliche Urteil bezeichneten, zu veröffentlichen.

Über Urteilsveröffentlichungen vgl. OLG. **7** 187 (Hamm).

**§ 16.** Der Untersagungsanspruch aus § 1 ist nicht bloß auf Zuwiderhandlungen in Deutschland beschränkt. **RG.** JW. **01** 851.

**RG.** JW. **00** 841: Daraus, daß jemand den Generalvertrieb seiner Waren einer in Berlin wohnenden Person übertragen hat, folgt noch nicht, daß er daselbst einen Mittelpunkt seiner gewerblichen Tätigkeit, eine Hauptniederlassung, hat.

Bestimmt ein Übereinkommen des Deutschen Reiches mit einem anderen Staate, daß die Angehörigen beider Staaten in bezug auf den Schutz von Firmen usw. gleichgestellt sein sollen, so genügt diese Gegenseitigkeit nach § 16 nicht. Nach dieser Vorschrift müssen die Deutschen im Ausland einen den Bestimmungen des Wettbewerbsgesetzes entsprechenden Schutz genießen.

---

# Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung

vom 24. März 1897.

Vorbemerkung: Gegenwärtiges Gesetz bildet einen der schwierigsten Teile der neuen Gesetzgebung; es sei z. B. auf die Fragen der Zubehör-Behandlung, des geringsten Gebotes, der Gesamt- und Eigentümer-Hypotheken, der Teilungsversteigerung und der

Zwangsverwaltung verwiesen. Wissenschaft und Rechtsprechung sind in zahlreichen Zweifelsfragen noch nicht zu wünschenswerter Übereinstimmung gelangt und neue Bedenken bringt fortgesetzt der Rechtsverkehr. Sorgfältige Prüfung und Vergleichung der bisherigen Ergebnisse ist daher besonders geboten. Ihrer systematischen Zusammenstellung im Jahrbuch steht die Verteilung des Stoffes in verschiedene Paragraphen meist entgegen. Durch zahlreiche Verweisungen auf die verwandten Gesetzesstellen war diesem Mißstande tunlichst zu begegnen. — Die Entscheidungen des KG. mit Datum ohne Quellenangabe sind bisher in Sammlungen noch nicht veröffentlicht worden.

A. Allgemeine Literatur: Altmann, Gesetz über ZwVerst. und ZwVerw., Berlin 1904. — Badstübner, Die ZwVerst. in das unbewegliche Vermögen, Berlin 1902. — Betzinger, Die Liegenschaftsvollstreckung, an einem Rechtsfalle dargestellt, Freiburg 1897. — Betzinger, Übersichtstabellen zum ZwVerstGes., Karlsruhe 1902. — Brogsitter, Über ZwVerst. und ZwVerw., Düsseldorf 1897. — Fischer, Landgerichtsrat, Das Verfahren der ZwVerst., an einem Rechtsfalle dargestellt, Berlin 1903. — Fischer, Professor, und Schäfer, Die Gesetzgebung betr. die ZwVollstreckung in das unbewegliche Vermögen, Berlin 1902. — Freund, Die ZwVollstreckung in die Grundstücke, in systematischer Anordnung, Breslau 1901. — Grohmann, Einführung in das RGes. über Zw. Verst., Leipzig 1899. — Günther, RGes. über die ZwVerst., Berlin 1899/1900 — Henle, Gesetz über ZwVerst., München 1901. — Jaeckel, Das RGes. über die ZwVerst., Berlin 1904. — Josef, Rechtsfälle zum ZwVerstGes, Berlin 1901. — Krech und Fischer, Das RGes. über die ZwVerst. &c., Berlin. — Kretschmar, ZwVerstGes., Leipzig 1904. — Küttner, RGes. über ZwVerst., Leipzig 1897. — Masche und Balla, RGes. über ZwVerst., Berlin. — Meyerhoff, Richterliches Dezernat in Konkurs- und ZwVerst. Sachen, Berlin 1904. — Münchmeyer, Gefahren in der ZwVerst., Berlin 1901. — Niedner, Gesetz über ZwVerst. und ZwVerw., Berlin 1903. — v. d. Pfordten, Kommentar zum Gesetz über ZwVerst., München 1904. — Reinhard, Das ZwGes. &c., Leipzig 1901. — Ders., Handausgabe, Leipzig 1900 — Schöller, Die ZwVerst. und ZwVerw. (zur praktischen Einführung), Düsseldorf 1899. — Schwalb, Die materiellen Vorschriften des neuen Reichsrechts über die ZwVerst., Vortrag, Straßburg 1899. — Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. Abt. III (Liegenschaftsvollstreckung), Berlin 1904. — Wenz und Wegner, Die ZwVerst. und ZwVerw., systematisch dargestellt mit Musterbeispielen, Selbstverlag 1901. — Wolff, Das RGes. über die ZwVerst., Berlin 1901.

B. Literaturberichte und Übersichten: v. Schwarze, DJZ **00** 456, Literaturbericht. — Busch, Ztsch. **32** 523 ff., desgl. — Breit, SächsA. **13** 778. — Freund, R. **04** 67 ff. — Reinhard, CBlFrG. **3** 207, 470, 865.

C. Aus der Rechtsprechung und aus Einzelabhandlungen. Bis Ende 1903.

**§ 1.** 1. Die Zwangsvollstreckung in Gebäude, die auf einer dem Schuldner nicht gehörigen Grundfläche stehen, kann nicht nach Vorschrift des ZwVerstGes., sondern muß nach den Bestimmungen der ZPO. (§§ 844, 846?) geschehen. OLG. 2 354 (KG.).

2. Nach Königsdörffer soll es zulässig sein, daß der Berechtigte nur dasjenige von mehreren auf einem Grundbuchblatt eingetragenen Flurstücken zur ZwVerst. bringt, das ihm verhaftet ist. SächsA. **13** 53; s. zu § 63 Ziff. 1.

3. ZwVerst. in badische Almendgutsanteile ist unzulässig. BadRpr. **03** 247; vgl. § 16 Ziff. 8.

4. Erbanteile s. zu § 16 Ziff. 1 und zu § 180.

**§ 2.** 1. Der § 2 ist auch anzuwenden, wenn der Konkursverwalter, Erbe, Nachlaßpfleger, Teilhaber nach §§ 172, 175, 180 die ZwVerst. betreibt. Der Beschluß des Obergerichts wird nur dem Antragsteller zugestellt. **KG.** 13. 3. 00, 25. 9. 01, 15. 1. 02; vgl. zu § 18.

2. In dem Antrag auf ZwVerst. in Grundstücke, die in verschiedenen Gerichtsbezirken liegen, ist zugleich der Antrag nach § 2 enthalten. BadRpr. **03** 171.

**§ 3.** Badstübner, KGBl. **02** 21 ff. bekämpft einen Beschluß des Landgerichts II Berlin vom 5. Dezember 1901, wonach der Antragsteller keinen besonderen Antrag auf öffentliche Zustellung zu stellen und die Fortdauer der Unbekanntheit des Aufenthalts des Schuldners nicht nachzuweisen hatte.

**§ 5.** Zustellung an einen falschen Zustellungsbevollmächtigten ist unwirksam, wenn sie auch auf (unrichtiger) Mitteilung des Grundbuchrichters beruht. OLG. **4** 375 (KG.). A. M. Jaeckel und Wolff.

**§ 6.** 1. Abs. 3 ermächtigt nur, zwingt nicht zur Einschlagung des von ihm bezeichneten Weges der Ersatzzustellung. OLG. Hamburg, HansGerZ. **00** Beibl. 187.

2. Ein Zustellungsvertreter ist auch für unbekannte Erben eines verstorbenen Hypothekgläubigers zu bestellen. Die Beschwerdefrist nach § 97 beginnt für sie mit Zustellung des Zuschlagsbeschlusses an den Zustellungsvertreter. OLG. Braunschweig, R. **03** 507.

3. Peiser, BuschsZ. **31** 403 will auch den unbekannten Erben eines nach dem Zuschlage verstorbenen Erstehers einen Zustellungsvertreter geben.

**§ 7.** 1. Gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß ist Beschwerde nach § 793 ZPO. gegeben, z. B. auch wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen für Ernennung eines Zustellungsvertreters. OLG. Hamburg, HansGerZ. **00** Beibl. 187.

2. Über die Gebühren eines zum Zustellungsvertreter bestellten Rechtsanwalts entscheidet in Preußen das Vollstreckungsgericht nach freiem Ermessen. OLG. Königsberg, PosMschr. **01** 16.

**§ 8.** Öffentliche Zustellung s. zu § 3.

**§ 9.** 1. Über Vormerkungen s. zu § 48.

2. Der Mieter und Pächter ist zwar Beteiligter, aber er hat nur dann ein Recht auf Mitteilung des ZwVerst.Termins und der Gläubigeransprüche, wenn er angemeldet hat. Burchard, BuschsZ. **32** 120.

3. Das Landgericht hatte den Amtsrichter zur Anordnung einer von ihm abgelehnten ZwVerst. angewiesen. Die Beschwerde des Amtsrichters, als eines Nichtbeteiligten, hingegen wurde als unzulässig verworfen. OLG. Rostock, MecklZ. **22** 53, OLG. **8** 9; vgl. dagegen zu § 130 Ziff. 7 und 10.

4. Der Gemeinschuldner ist nicht als Beteiligter anzusehen, sofern der Konkursverwalter das Grundstück nicht freigegeben hat. LG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 223.

5. Pfändungsgläubiger für den Berichtigungsanspruch des Eigentümers auf Umwandlung einer Hypothek in eine Eigentümerhypothek sind überhaupt nicht Beteiligte, Pfändungsgläubiger für die Eigentümerhypothek selbst nur dann, wenn die Pfändung rite durch Eintragung oder Briefwegnahme erfolgt ist. Schöbel, Prakt. Fragen aus dem Gebiete der ZwVerst. (Leipzig 03/04) 25, 26. **RG. 55** 378, JW. **04** 72 Nr. 44.

6. Über Glaubhaftmachung, besonders des Mieters und Pächters, siehe Burchard, BuschsZ. **32** 135 ff.

**§ 10.** 1. Ziff. 2 begünstigt, abweichend von § 26 PrZwVerstGes., auch Löhne für vorübergehende Dienste und Arbeiten, nicht aber Forderungen aus Bauverträgen. LG. Graudenz, PosMschr. **00** 112.

2. Ziff. 3 trifft auch: a) die auf dem pr. Fluchtliniengesetze beruhenden Anliegerbeiträge. OLG. **3** 98 (KG.); b) pr. Ablösungs-Renten zur Rentenbank, obschon diese an sich keine öffentlichen Lasten sind. **RG.** JW. **02** 69.

3. Abs. 2. Über Berechnung von Aktiv- u. Passivzinsen s. Betzinger, BadRpr. **02** 11.

4. Nach Schatzky (s. zu § 17 Ziff. 6) gehören auch Grundbuchberichtigungskosten hierher. Über ZwVerwKosten s. zu § 109 Ziff. 3.

5. Lafrenz, DJZ. **01** 552 führt aus, daß das Recht des § 10 Abs. 2 auch für die Kosten der Rechtsverfolgung gegen jene Gegenstände besteht, auf welche die Hypothek sich erstreckt.

6. Zu den Kosten gehören auch die einer notariellen oder gerichtlichen Urkunde nach § 794[5] ZPO. OLG. **3** 319 (Celle).

7. Über Brandversicherungskosten s. zu § 25.

8. Beschwerde betr. staatliche Kosten s. zu § 109 Ziff. 1.

9. Grohmann, SächsA. **11** 314 ff., bespricht die Behandlung der verschiedenen Kostenarten und gelangt im allgemeinen zu folgenden Ergebnissen: a) Die Zuschlagskosten trägt nach § 58 der Ersteher. Anordnungs-Beitrittskosten sind vom zahlungspflichtigen Gläubiger mit seiner Hauptforderung anzumelden. Die übrigen Kosten des Verfahrens sind nach § 109 ohne Anmeldung zu berücksichtigen. b) Unter § 1118 BGB. fallende Kosten und in der Regel auch die im Grundbuch ohne Höchstbetrag eingetragenen Mehrkosten sind anmeldepflichtig. c) Mit Höchstbetrag (Kostenkaution) gebuchte Kosten werden von Amts wegen berücksichtigt. d) Zu verwerfen ist der Rechtseinheit wegen künftige Eintragung selbständiger Kostenhypotheken. Vgl. zu § 50 Ziff. 6.

10. Zu Ziff. 4. Hypothekenzinsen können auch, losgelöst vom Kapitale, mit dem Pfandrecht abgetreten und dann im ZwVerstVerf. angemeldet und berücksichtigt werden. RG. v. 9. 5. 03.

11. Nach Schöbel, Prakt. Fragen 9 ff., fallen die Kosten der Beitreibung der persönlichen Forderung und der Mobiliarvollstreckung nicht unter Abs. 2, sofern nicht mittels besonderen Vollstreckungstitels die ZwV. auf sie ausgedehnt wird oder besonderer Hypothek-Eintrag für sie besteht.

12. Ziff. 3 umfaßt auch die sich in einmaliger Leistung erschöpfenden öffentlich-rechtlichen Grundlasten. Reinhard, CBlFrG. **3** 772.

13. Über amortisierbare Hypotheken s. zu § 50 Ziff. 9.

14. Über sächs. öffentliche Lasten (Schleusenbaukautionen) s. zu § 50 Ziff. 8.

**§ 11.** Über Abweichung hiervon in der Zwangsverwaltung s. zu § 157.

**§ 14.** Sind Sicherungs- u. Höchstbetrags-Hypotheken bestimmte Ansprüche? S. zu § 50.

**§ 15.** 1. Auch gegen den ohne Gehör des Schuldners ergangenen Beschluß auf Einleitung der ZwVerst. sind zunächst die Einwendungen nach § 766 ZPO. und ist nicht die sofortige Beschwerde gegeben. LG. Cöln, DJZ. **01** 312, ebenso Notels, R. **02** 232. S. auch zu § 162 Ziff. 2. A. M. Jaeckel § 28 Anm. 4b.

2. Beschwerde des ZwVerstRichters s. zu § 9 Ziff. 3.

3. Ein Hypothekgläubiger kann gegen den auf Antrag des Konkursverwalters erlassenen Anordnungsbeschluß nicht Beschwerde erheben. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **28** 338.

**§ 16.** 1. Der Anteil eines Miterben an einem zu einem ungeteilten Nachlasse gehörigen Grundstück unterliegt nicht der Zwangsvollstreckung. SeuffA. **56** Nr. 22, RJA. **1** 29 (KG.). Allmendenanteil s. zu § 1 Ziff. 3.

2. Nach Zahlung der Hauptsache kann doch wegen der Vollstreckungskosten allein und ohne neuen vollstreckbaren Titel dafür Zwangsversteigerung beantragt werden. LG. Hamburg, HansGerZ. **01** Beibl. 160.

3. Es ist nur zu prüfen, ob die Vollstreckungsklausel äußerlich in Ordnung, nicht ob sie materiell zulässig ist. LG. Elberfeld, R. **01** 125.

4. Auch nach angeordneter ZwVerst. können Einwendungen gegen die Vollstreckungsklausel nur nach §§ 732, 768 (797) ZPO. vor den dafür zuständigen Gerichten geltend gemacht werden. LG. Elberfeld, R. **01** 125.

5. Einer Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus einer preuß. Arrestvormerkung alten Rechtes, wozu vollstreckbares notarielles Anerkenntnis des Schuldners gekommen war, wurde gegenüber dem eingetragenen späteren Eigentümer stattgegeben. RG. **49** 106.

6. Notwendigkeit eines Duldungsurteils gegen den Mann bei Zwangs-

versteigerungsantrag in Eingebrachtes der Frau sogar dann, wenn gemeinschaftliche Verurteilung der Eheleute vorliegt. OLG. Dresden u. Breslau, SeuffA. 56 Nr. 21, 94.

7. Die „noch nicht stattgebende" Beschlußfassung auf unvollständige Anträge kann nur Ablehnung sein. Bedingte Zulassung kennt das Gesetz nicht. OLG. **6** 433 (KG.).

8. Nach Spieß, CBlFrG. **3** 490 f., ist in Preußen auch ZwVst. in sog. Abfindungsquoten (bei Grundstückszusammenlegung) zulässig. Es muß aber mindestens bis zur Zuschlagsverkündigung ein reales Grundstück ausgesondert sein.

9. Steuerbücher bilden keine Grundlage mehr, wie nach früherem pr. Rechte, dienen aber zur Information. OLG. **5** 3 (Königsberg).

10. Es kann als herrschende Meinung erachtet werden, daß, wenn der zugunsten einer hypothekarisch, besonders durch Sicherungshypothek, gedeckten Forderung gegebene vollstreckbare Titel sich nicht auf das dingliche Recht erstreckt, die Zwangsvollstreckung nicht aus der Hypothek, sondern nur aus der persönlichen Forderung (§ 10 Ziff. 5) betrieben werden kann. Dafür Jaeckel, Kretschmar, Komm.; Lindemann, DJZ. **03** 497; Schöbel, Prakt. Fragen 6 ff., CBlFrG. **3** 429. Dagegen Reinhard, CBlFrG. **2** 556, BadRpr. **03** 292. Meyn regt in SächsA. **13** 600 ff. hierbei Zweifel über die Gestaltung des geringsten Gebots für diesen Fall an.

**§ 17.** 1. Über unvollständige Anträge s. zu § 16 Ziff. 7.

2. Nach erfolgreicher Anfechtung einer Grundstücksabtretung durch den Konkursverwalter bedarf es zur Einleitung der ZwV. zwar keiner Rückumschreibung auf den Gemeinschuldner, wohl aber vielleicht eines Urteilsausspruchs, daß der Anfechtungsgegner die ZwV. dulden müsse. **RG.** JW. **03** 432/3.

3. Der Mangel des (auch zur ZwV.) notwendigen Eintrags der Eigentumsbruchteile mehrerer (§ 48 GBO.) kann nicht im Wege des § 14 GBO., sondern nur mittels Berichtigungsklage nach §§ 894, 895 BGB. geheilt werden. **RG. 54** 85.

4. Über das (zu bejahende) Recht des Gläubigers auf Eintragung des Schuldners als Eigentümers s. Gerichtsbeschlüsse in der ElsLothrJZ. **28** 486, 568.

5. Auch Eigentumseintrag auf das Gesamtgut kann vom Gläubiger gegebenenfalls begehrt werden. OLG. Hamburg, HansGerZ. **02** Beibl. 287.

6. Vgl. Schatzky, Grundbuchberichtigung, Breslau 1902.

7. Die Bestimmung, wonach die ZwV. gegen den (nichteingetragenen) Erben des eingetragenen Eigentümers angeordnet werden kann, darf nicht entsprechend einer in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebenden Witwe gegenüber angewendet werden. OLG. Hamburg, HansGerZ. **01** Beibl. 166, 231, 289, 307.

8. In Elsaß-Lothringen genügt vorläufiger Eintrag des Eigentümers vorbehaltlich Nachweises nach § 28. LG. Colmar, ElsLothrJZ. **27** 280.

9. Kretschmar, SächsA. **11** 58 f., bespricht im Zusammenhange Tätigkeit und Pflichten des Vollstreckungsgerichts und des Grundbuchamts bei Einleitung der ZwV.

**§ 18.** Die ZwVerst. mehrerer Grundstücke in demselben Verfahren kann auch auf Antrag des Konkursverwalters stattfinden. **RG.** JW. **02** 402 Nr. 46; vgl. zu § 2 Ziff. 1.

**§ 19.** Im Beschwerdewege kann die Löschung des ZwVerst.-Vermerks im Grundbuche nicht verlangt werden. Ebensowenig ist die Eintragung eines Widerspruchs gegen dessen Eintragung im Grundbuche zulässig. KGJ. **26** A 77.

Vorbemerkung zu § 20: Zur Klärung der schwierigen Behandlung des Zubehörs in der ZwVerst. wird das Auseinanderhalten folgender Fragen dienlich sein: 1. Was ist Zubehör nach BGB.? vgl. hierüber zu § 20 Ziff. 2, 4, 5. — 2. Wann haftet Zubehör

mit der unbeweglichen Sache nach Zivilrecht? vgl. zu § 20 Ziff. 3, 6, 8. — 3. Wann und wie kann Zubehör trotz zivilrechtlicher Nichtmithaftung zur ZwVerst. gezogen werden und mit welchen Folgen? Vgl. hierüber zu § 20 Ziff. 6, 10, 11 zu §§ 29, 55, 65, 90 Ziff. 5, 6 und zu § 95 Ziff. 1.

**§ 20.** 1. Wesentliche Bestandteile (§§ 93, 946 BGB.), z. B. Öfen, können von einem Dritten nach Eintragung des ZwVerst.-Vermerks nicht mehr fortgenommen werden, sollte er dies auch schon vorher mit dem Eigentümer vereinbart haben. Auf Kenntnis des Eintrags kommt es hierbei nicht an. Der betreibende Gläubiger kann auf Herausgabe klagen. OLG. 3 341 (Kiel). Elektrische Leitungen können Bestandteile sein. RG. **48** 267. Ebenso Fabrikmaschinen. RG. **50** 241.

2. Über Bestandteile und Zubehör s. JDR. **2** zu §§ 93ff., 97, 98 BGB.

3. Zubehörstücke eines Grundstücks unterliegen nach §§ 1120 BGB., 865 Ziff. 2 ZPO. der Mobiliarpfändung nicht. Der Realgläubiger kann gegen die doch geschehene Pfändung nicht nur nach § 766 ZPO., sondern auch mit Klage nach § 771 ZPO. vorgehen. OLG. **2** 127 (Königsberg), RG. **55** 207.

4. Schöbel, Praktische Fragen 38f., ist der Meinung, daß die nach sächsischem Gesetz angeordnete Schätzung des Zubehörs weder ausdehnend noch einschränkend auf das wirke, was von der Beschlagnahme betroffen wird.

5. Schaffung gewillkürter Zubehör ist nicht mehr möglich. RG. **55** 288, SeuffBl. **65** 357ff.

6. Nur dem Beschlagnahmegläubiger kommen die besonderen Beschlagnahmerechte, z. B. auf Zubehör, zu. Der bloße Hypothekengläubiger, der zugleich Ersteher ist, hat keine Klage gegen den Käufer der vor der ZwVerst. weggeschafften Zubehörstücke. RG. v. 16. 12. 03.

7. Sind Türen eines Hauses durch ihre eigenmächtige Wegnahme der hypothekarischen Haftung, also auch der Beschlagnahme und der ZwVerst. nicht entzogen worden, so folgt daraus, daß sie mit dem Zuschlag in das Eigentum des Erstehers übergegangen sind. Dann hat der geschädigte Hypothekengläubiger kein dingliches Recht mehr auf sie; höchstens eine Klage wegen unerlaubter Handlung. SächsOLG. **24** 237.

8. Die Mithaftung beweglicher Sachen als Zubehör bestimmt sich auch für ältere Hypotheken mit dem Inkrafttreten des BGB. nur nach dessen Vorschriften, unbeschadet jedoch wohlerworbener Pfändungsrechte. RG. **46** 171, **50** 68, EBlFrG. **4** 405.

9. Über Behandlung von Zubehör in der Subhastation s. zu § 55, in der ZwVerw. s. zu § 148 Ziff. 1.

10. Die von der Beschlagnahme ergriffenen, von der ZwVerst. wegen Eigentumsansprüchen eines Dritten ausgenommenen und noch auf dem Grundstücke befindlichen Zubehörstücke werden trotz Befriedigung des betreibenden Gläubigers nicht von der Haftung für die — wenn auch nach Zuschlag des Grundstücks gelöschten — Hypotheken frei. Die Vollstreckung des Hypothekengläubigers in sie kann der Dritte (Eigentumsprätendent) nicht hindern. RG. **55** 414.

11. Dadurch allein, daß ein mitbeschlagnahmter Gegenstand von der Versteigerung ausgeschlossen wird, erlöschen die Rechte des betreibenden Gläubigers aus der Beschlagnahme nicht, vielmehr ergibt sich daraus nur die Notwendigkeit besonderer Versteigerung oder Verwertung des Gegenstandes. OLG. **3** 337 (Königsberg).

12. Über Zubehör bei der Versteigerung s. weiter zu §§ 55, 65, 90, 95 Ziff. 1, 29, 33.

13. Zu Abs. 1 vgl. Mothes, Die Beschlagnahme nach Wesen, Arten und Wirkungen, Leipzig 1903.

**§ 21.** 1. Durchholz, R. **03** 469, stellt folgende Sätze auf: a) die bei der Beschlagnahme schon getrennten, nicht Zubehör bildenden, Früchte verbleiben, ohne daß Einstellungsbeschluß nötig wäre, dem Eigenbesitzer. b) Getrennte, aber Zubehör bildende Früchte werden mitversteigert. Der Eigenbesitzer hat kein Einstellungsrecht dagegen. c) Bei Beschlagnahme noch verbundene Früchte werden von Beschlagnahme und Versteigerung mitbetroffen. Unbeschadet etwaigen ordnungsmäßigen Verbrauchs hat der Eigenbesitzer kein Einstellungsrecht. Vgl. zu § 148 Ziff. 2.

2. Über bayerisches Übergangsrecht betr. den Einfluß der ZwVerst. und ZwVerw. auf die Abtretung von Miet- und Pachtzinsforderungen schrieb Schmidt, SeuffBl. **66** 409 f.

3. Über die Rechtsstellung des Mieters und Pächters im ZwVollstr.-Verfahren s. Burchard, Buschs Z. **32** 89 ff.

4. Schönfeld, R. **03** 573, führt aus, daß der Hypothekengläubiger gegen Verfügungen des Eigentümers über Mietzinse sich nur durch Beschlagnahme, gegen Mietzinspfändungen persönlicher Gläubiger durch Widerspruchsklage aus § 771 ZPO. schützen könne.

**§ 22.** Betzinger, BadRpr. **02** 153, unterscheidet betreffs des Beginns der Wirkung der Beschlagnahme auf andere Anträge zum Grundbuche zwischen Zwangshypotheken und freiwillig bestellten Hypotheken und gelangt unter Heranziehung der §§ 135, 873, 892 BGB. zu dem Schlußergebnisse, daß Zwangshypotheken nicht mehr wirksam werden können, wenn das Ersuchen um ihren Eintrag vor dem Ersuchen um Eintrag des ZwVerst.-Vermerks, aber nach Zustellung des Eröffnungsbeschlusses einging. Anders sei es bei Ersuchen um Eintragung freiwillig bestellter Hypotheken vorbehaltlich des späteren Nachweises der mala fides des Gläubigers; s. aber zu § 23 Ziff. 2.

**§ 23.** 1. Die Eintragung des ZwVerst.-Vermerks begründet kein dingliches Recht. Die Beschlagnahme erlischt mit Aufhebung des ZwVerst.-Verfahrens, nicht erst mit Löschung des Vermerks. OLG. **4** 375 (Dresden).

2. Die Beschlagnahme hat die Wirkung eines beschränkten Veräußerungsverbots im Sinne des § 135 BGB. und dient nur zum Schutze bestimmter Personen (der betreibenden Gläubiger). Zuwiderlaufende Verfügungen des Schuldners sind nicht schlechthin nichtig und müssen vom Grundbuchrichter eingetragen werden. OLG. **4** 161 (Colmar); s. auch zu § 22. Über Vermietung s. zu § 57. i

3. Der Eigentümer st durch die Beschlagnahme nicht gehindert, bis zur Verteilung des Versteigerungserlöses willkürlich neue Forderungen, die in der zur Eigentümerhypothek neuen Rechtes gewordenen Kautionshypothek alten Rechtes Sicherung finden konnten, zur Entstehung zu bringen oder über sein Recht durch Abtretung zu verfügen. OLG. **4** 194 (Königsberg).

4. Über Kautionshypothek vor und nach 1. 1. 00 s. auch unten zu § 15 EGzZwGes.

**§ 24.** Nach Mothes, Die Beschlagnahme, Leipzig 1903 90 f., bleibt der Schuldner ein in der Sachherrschaft beschränkter Besitzer; vgl. u. zu § 150 Ziff. 3.

**§ 25.** Scheven, DJZ. **02** 390, nimmt an, daß einem Antrage des betreibenden Gläubigers, das Grundstück gegen Brandschaden zu versichern, durch Aufstellung eines Verwalters ad hoc stattgegeben werden muß und daß der Gläubiger dann die von ihm hierfür vorzuschießenden Kosten nach § 10 Abs. 2 (nicht § 10 Nr. 1) anmelden kann.

**§ 27.** 1. Über Beitritt zur Teilungs-ZwV. s. zu § 182 Ziff. 2.

2. Beitritt nach einstweiliger Einstellung s. zu § 30 Ziff. 1.

3. Auch der vom Konkursverwalter beantragten ZwV. (§ 172) kann ein

absonderungsberechtigter Gläubiger nur dann beitreten, wenn ihm ein vollstreckbarer Titel für sein Absonderungsrecht zur Seite steht. LG. Karlsruhe, Bad. Rpr. **03** 291. (Wird von der Redaktion d. Bad. Rpr. bekämpft); s. auch zu § 16 Ziff. 10.

**§ 28.** 1. Hat der grundbuchmäßige Eigentümer die Auflassung an ihn mittels Klage und Widerspruchseintrags angefochten, so kann unter Umständen gemäß §§ 767, 769 ZPO. die begonnene Zwangsvollstreckung eingestellt werden. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **26** 143.

2. Badstübner, KGBl. **02** 1 f., führt aus, daß der Vollstreckungsrichter, wenn sich (z. B. im Bietungstermine) herausstellt, daß das Verfahren an einer Nichtigkeit (z. B. der Nichtzustellung des Einleitungsbeschlusses an den Schuldner) leidet, es endgültig aufzuheben habe, da § 28 nur eine Ausnahmebestimmung enthalte.

3. Das Veräußerungsverbot (§§ 135, 136 BGB.) begründet nach Kretschmar, SächsA. **11** 190 ff., ein der ZwV. entgegenstehendes Recht (§ 772 ZPO.). Ist es eingetragen, so muß nach dieser Meinung das Vollstreckungsgericht die (wegen eines persönlichen oder verbotswidrigen Rechtes eingeleitete) ZwV. aufheben. Entsprechend sei auch gemäß § 772 bei eingetragenen Vormerkungen und Widersprüchen zu verfahren (contra Planck); s. auch zu § 48.

4. Über Fristvorsetzung bei nur vorläufigem Eigentümereintrage s. § 17, Nr. 8.

5. Die Wirkungen der Beschlagnahme enden mit Rücknahme des Antrags auf ZwV., ferner mit dem Erlasse eines sonstigen Aufhebungsbeschlusses, eventuell in der Regel wenigstens im Augenblicke der Zuschlagserteilung (letzteres bestritten). Mothes, Beschlagnahme 37 ff.

**§ 29.** Der Gläubiger kann nur die Aufhebung oder Einstellung des ganzen Verfahrens herbeiführen. Seine Erklärung, daß er es in bestimmte Zubehörstücke nicht weiter betreiben wolle, ersetzt Gerichtsbeschluß nach §§ 55 Abs. 2, 37 Ziff. 5 nicht. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 247.

**§ 30.** 1. Betreiben mehrere Gläubiger die ZwV., so ist der auf Antrag eines einzelnen von ihnen ergangene Einstellungsbeschluß bedeutungslos. Wenn nach beschlossener vorläufiger Einstellung der Beitritt eines neuen Gläubigers zugelassen wird, so hat das Verfahren seinen Fortgang zu nehmen. LG. Hamburg, HansGerZ. **01** Beibl. 229.

2. Umgekehrt ist bei Bewilligung des ersten betreibenden Gläubigers und nachträglichem Wegfalle des Beitretenden von Amts wegen einstweilen einzustellen. OLG. Marienwerder, PosMschr. **02** 182.

**§ 33.** 1. Ein vom allein betreibenden Gläubiger nach beendigter Versteigerung, aber vor Zuschlagserteilung gestellter Antrag auf Versagung des Zuschlags und auf Anberaumung eines neuen Versteigerungstermins ist nicht nach § 85 zu behandeln. Es muß ihm als einem auf einstweilige Einstellung des Verfahrens gerichteten Verlangen stattgegeben werden. OLG. **2** 81 (Dresden).

2. Noch bis zum Zuschlage kann Widerspruch gegen die ZwV. in Zubehör erhoben, Eigentum daran glaubhaft gemacht und Einstellung verlangt werden. Die Entscheidung muß aber dann auf Versagung des ganzen Zuschlags lauten, weil ja der Ersteher auf das Zubehör mit geboten hat. OLG. **6** 430 (Kiel).

**§ 34.** 1. Von Löschung des ZwVerst.-Vermerks ist nach § 55 GBO. nur den Nächstbeteiligten (Eigentümer und Vollstreckungsgericht), nicht auch nacheingetragenen Berechtigten Nachricht zu geben. Brachvogel und Frydrychowicz, Handb. d. Grundbuchr. 175. A. M. Jaeckel, Wolff zu § 34.

2. Die Aufhebung wirkt schon vor Löschung; s. zu § 23 Nr. 1.

**§ 37.** 1. Zu Ziff. 4. Der an die Unterlassung der Anmeldung geknüpfte Rechtsnachteil ist nicht auf das Verteilungsverfahren beschränkt, so daß

der Vorrang noch hinterher und außerhalb dieses Verfahrens geltend gemacht werden könnte, sondern er ist endgültig und von materieller Wirkung. OLG. 3 335 (Königsberg); s. auch zu § 110.

2. Zu Ziff. 5. Bereicherungsanspruch wegen mitversteigerter Mobilien s. zu §§ 55 Ziff. 4, 115.

3. Antragsgemäß wurde ein „Stallgebäude" von der Versteigerung ausgenommen. OLG. und RG. nahmen an, daß sich diese Ausnahme nicht auf Grund und Boden des Stallgebäudes erstreckte. **RG.** v. 4. 3. 03.

4. Anspruch auf den Versteigerungserlös gibt nicht schon ein Verfügungsrecht (Eigentum) an der Sache, sondern nur ein der ZwV. entgegenstehendes und zu deren Aufhebung oder einstweiligen Einstellung geeignetes Recht. Ein solches wurde nicht anerkannt, als eine der Dienstmagd für ihren Lohn überlassene Kuh bis zur ZwV. auf dem Gute geblieben war. OLG. Königsberg, SeuffA. **58** Nr. 78.

5. Der Aufhebungs- oder Einstellungsantrag wird nicht durch die Erklärung des angeblichen Eigentümers im Versteigerungstermin ersetzt, daß ihm die Sachen gehören. OLG. Dresden, SächsA. **14** 118.

6. Ebensowenig wird dieser Beschluß durch die Freigabeerklärung des betreibenden Gläubigers erspart. OLG. **8** 4 (Dresden); ebenso Schöbel, Prakt. Fragen 30.

7. Reinhard, CBlFrG. **3** 414 ff., behandelt den Anspruch des ausgeschlossenen Eigentümers auf den Erlös und gelangt im wesentlichen zu den Sätzen, daß dieser Anspruch, sei es nach gehöriger Anmeldung im entsprechend anzuwendenden Widerspruchsverfahren nach § 115 oder sei es mittels späterer Bereicherungsklage gegen den letzten befriedigten Realgläubiger geltend gemacht werden könne und daß als Erlös der dem Werte der Sache (verhältnismäßig) entsprechende Teil des Kaufpreises zu betrachten sei, unbeschadet jedoch der Bestimmungen über das geringste Gebot, das durch Abzug jenes Erlöses nicht beeinträchtigt werden dürfe. Dagegen brauche sich der Eigentümer des betreffenden Zubehörstücks den Abzug dessen, was er etwa vom Subhastaten schon an Kaufpreis dafür bezahlt erhielt, nicht gefallen zu lassen. Contra OLG. Naumburg, SeuffA. **57** Nr. 143; vgl. auch Schöbel a. a. O. 29 f.

8. Über Zubehör vgl. zu § 20, über Früchtemitversteigerung zu § 21 Ziff. 1, über Widerspruch zu § 33 Ziff. 2, über Zuschlagswirkung zu §§ 55, 90 und über Zuschlagsversagung zu § 83.

9. Schöbel, Praktische Fragen 28 ff., bespricht an Beispielen die Behandlung des Zubehörs in der ZwV. ausführlich; s. auch zu § 65 Ziff. 2.

**§ 41.** 1. Nur wenn die Benachrichtigung nach § 41 Abs. 2 wegen erheblicher Unrichtigkeit eine Verletzung der Vorschriften über das geringste Gebot nach sich zieht, nicht aber, wenn sie ganz unterlassen wurde, kann Beschwerde gegen den Zuschlag erhoben werden. KGBl. **03** 117 (KG.).

2. Terminsbekanntgabe an den Mieter s. zu § 9 Ziff. 2.

**§ 43.** Altmann, R. **00** 487, will die 6wöchige Frist auch bei Terminsverlegungen (auf Antrag eines Gläubigers erfolgend) eingehalten wissen.

**§ 44.** 1. Das Wesentliche der Vorschrift des § 44 Abs. 2 ist nach Stiff, R. **01** 403, die Absicht, ein möglichst niedriges geringstes Gebot herbeizuführen, soweit sich diese Absicht mit dem Deckungsgrundsatze vereinigen läßt. Mit Einschränkungen gibt diesen Satz Jaeckel, R. **01** 486, zu.

2. Das Vorkaufs- und Bierlieferungsrecht eines dem betreibenden Gläubiger im Range nachgehenden Gläubigers muß durch den Zuschlag dem Ersteher gegenüber erlöschen. Diese aus dem Gesetze — §§ 44, 52 Abs. 1 — unmittelbar hervorgehende Rechtsfolge hat der Versteigerungsbeamte durch richtige Fest-

stellung des geringsten Gebots zu verwirklichen. Gegen Verstöße in dieser Beziehung ist der Beschwerdeweg nach §§ 100, 83 Abs. 1, aber nicht Klage gegeben. **RG.** JW. **02** 102 Nr. 53.

3. Selbständig ist der das geringste Gebot feststellende Beschluß nicht anfechtbar, sondern nur mittels Beschwerde gegen den Zuschlagsbeschluß. LG. Graudenz, PosMschr. **01** 16.

4. Die Ausbietung ist dergestalt zu regeln, daß ihr lediglich der bar zu zahlende Betrag des geringsten Gebots zugrunde gelegt wird, die abgegebenen Gebote also als Bargebote zu verstehen sind (?), daß aber die gesetzliche Kaufbedingung hinzutritt, wonach die bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigten, nicht durch Barzahlung zu deckenden Rechte bestehen bleiben. Hat sich der Meistbietende erweisbar in dieser Beziehung geirrt, so kann er zwar die Aufhebung des Zuschlags, aber er kann nicht verlangen, daß er den Zuschlag zu den irrig angenommenen Bedingungen erhält. OLG. **4** 157 (Königsberg). Ähnlich OLG. Posen, SeuffA. **56** Nr. 191. A. M., wonach ein Mindest- und Meistgebot die bestehen bleibenden Ansprüche deutlich (ziffermäßig) enthalten sein sollen, s. Freund, DJZ. **00** 437 und Staub, DJZ. **01** 435. Das RG. hat diese zweifelhafte Frage bisher noch nicht entschieden. Über Irrtum des Bietenden s. o. Ziff. II 1 zu § 119 BGB. und u. zu § 80.

5. Langheineken, SächsA. **12** 279 und „Mathematische Bemerkungen zum BGB." I 38 bespricht den Rangvorbehalt und die Zwischenrechte nach § 881 BGB. in bezug auf das geringste Gebot, zum Teil unter Aufstellung mathematischer Formeln; s. auch zu § 9 Ziff. 2 EGzZwGes. und zu § 45.

6. Über Berücksichtigung von Altenteilen s. zu §§ 46, 51 und § 9 EG. zZwGes.

7. Geringstes Gebot bei Teilungs-ZwVerst. vgl. zu § 182; bei Gesamthypothek s. zu § 64, bei nur persönlichem Vollstreckungstitel s. zu § 16 Ziff. 10, bei Sicherungshypothek s. zu § 50.

**§ 45.** 1. Über Kostenanmeldung s. zu § 10 Ziff. 9.

2. Peiser, Buschs Z. **31** 406 führt aus, daß nicht eingetragene Vorrangseinräumungen preußischen Rechtes angemeldet und glaubhaft gemacht werden müssen, wenn sie bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt werden sollen.

**§ 46.** Der Subhastationsrichter ist bei der Umwandelung von Belastungen in Geldforderungen nicht auf den Grundbuchsinhalt allein beschränkt, immer ist aber notwendig, daß das Grundbuch, wenn auch nicht gerade den Geldwert, so doch jedenfalls den individuellen Inhalt der Leistungen (Reallast) erkennen läßt. OLG. **3** 361 (KG.).

**§ 48.** 1. Insoweit in einer Vormerkung die Verpflichtung des Eigentümers zur eigentümlichen Abtretung von Trennstücken ausgesprochen ist, dient sie zur Sicherung des Trennstückkäufers wegen Einräumung des Eigentums an den Parzellen mit Wirkung nach § 883 BGB. Sie ergreift nur das Trennstück, nicht das ganze Grundstück. Die Verpflichtung, die Trennstücke von ihrer Belastung zu befreien, eignet sich überhaupt nicht zur Vormerkung. Wurde sie dennoch vorgemerkt, so schadet sie den nachgehenden Gläubigern in Ansehung des Erlöses des Restgrundstücks nichts, wogegen ihnen in Ansehung des Erlöses der Trennstücke die Vormerkung zur Sicherung der Eigentumsübertragung und der diesbezügliche Schadensersatzanspruch vorgeht. **RG.** **55** 270 f.; s. auch zu § 28 Ziff. 3.

2. Ist die Vormerkung auf Einräumung des Eigentums zu einem bestimmten Preise infolge des Zuschlags erloschen, so kann der Berechtigte unter Umständen Anspruch auf den nach Befriedigung der ihm vorgehenden Realgläubiger verbleibenden Erlösrest erheben. Er kann diese ihm vorgehenden Rechte

in der Regel nicht deshalb bekämpfen, weil sie höher sind, als der ihm vorgemerkte enventuelle Erwerbspreis. OLG. Dresden, CBlFrG. **4** 258.

3. Kretzschmar, R. **03** 589, bespricht Widerspruch und Vormerkung ausführlich und ist im allgemeinen folgender Ansicht:

I. Unter Widerspruch ist hier nur ein solcher gegen Löschung eines Rechtes zu verstehen. Er und die Vormerkung bewirken aufschiebend bedingte Rechte, die nach §§ 50 Abs. 2 Ziff. 1, 51, 128 Abs. 1 u. 2 zu behandeln sind. Über Aufnahme ins geringste Gebot entscheidet ihr Rang. — Für den Widerspruch gegen das Bestehenbleiben eines Rechtes gibt das ZwVerstGes. keine besonderen Vorschriften. Das mit Widerspruch belegte Recht ist nach § 50 Abs. 1, §§ 51, 125 Abs. 2 zu behandeln, seine Beseitigung ist dem Widersprechenden zu überlassen.

II. Steht Widerspruch und Vormerkung dem Gläubiger im Range nach oder gleich, so erlischt das geschützte Recht durch den Zuschlag und ist der darauf treffende Erlös in erster Reihe dem Geschützten, in zweiter Reihe den event. Berechtigten nach §§ 119, 120, 128 Abs. 1 zuzuteilen.

III. Der Widerspruch gegen das Bestehen eines Rechtes ist am besten als Widerspruch nach § 115 Abs. 1 Satz 2, § 877 Abs. 1 ZPO. zu behandeln. Bei Aufnahme ins geringste Gebot ist für das mit Widerspruch belegte Recht event. Ersatzzahlung nach § 125 Abs. 2 anzuordnen, bei Nichtaufnahme aber § 124 anzuwenden. Ähnliches gilt für Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs auf Aufhebung eines Rechtes und für Widerspruch gegen den Rang eines Rechtes.

IV. Richtet sich der Widerspruch gegen die Person des eingetragenen Berechtigten, z. B. des Hypotekengläubigers, und ist das Recht in das geringste Gebot aufzunehmen, so bestehen beide nebeneinander auch noch in der Teilung fort. Erlischt dagegen das Recht durch den Zuschlag, so ist der eingetragene Widerspruch als Teilungswiderspruch zu behandeln. Entsprechendes gilt bei Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Übertragung.

V. Widerspruch gegen Eigentum und die Eigentumsvormerkung wirken, wenn sie dem betreibenden Gläubiger vorgehen, wie Veräußerungsverbote nach § 772 ZPO., sie verbieten daher die ZwV. Die herrschende Meinung nimmt dagegen an, daß diese Vermerke ins geringste Gebot mitaufzunehmen und vom Ersteher zu erfüllen seien. Gehen sie dem betreibenden Gläubiger im Range nicht vor, so hindern sie die ZwV. nicht und gebührt dem, der sie erwirkt hat, bei der Verteilung nur der übrig bleibende Rest des Erlöses, sofern er die Berechtigung seines Vermerks wie zu III u. IV nachweist.

4. Neumann, JW. **02** 454ff., bespricht Vormerkungen und Veräußerungsverbote, deren Bedeutung für die ZwV. und die verschiedenen Rechtsansichten hierüber. Er gelangt im wesentlichen zu folgenden Sätzen: a) Die Vormerkung ist wie ein bedingtes Recht zu behandeln. b) Die Vormerkung des Auflassungsanspruchs hindert die ZwV. nicht. Wenn sie dem Rechte des betreibenden Gläubigers vorgeht, ist sie in den Versteigerungsbedingungen zu berücksichtigen und im Zuschlage vorzubehalten. Der Ersteher erwirbt dann auf die Gefahr hin, daß er dem Vorgemerkten weichen muß. c) Dagegen ist das gesetzliche oder gerichtliche Veräußerungsverbot der §§ 135, 136 BGB. ein die ZwV. hinderndes Recht.

5. Nicht ganz übereinstimmend Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung 108 f.; s. auch oben zu § 28 Ziff. 3 u. zu § 119.

**§ 49.** Über Verzinsung des Bargebots s. zu § 107 Ziff. 3 und über Gestaltung des geringsten Gebots zu § 44 Ziff. 4.

Vorbemerkung zu §§ 50 ff. Während über Behandlung der Eigentümerhypothek sich allmählich Meinungsübereinstimmung anbahnt (vgl. zu §§ 50, 114), kann Gleiches für die noch schwierigere Frage des Verfahrens bei Gesamthypothek noch nicht behauptet werden. Vgl. zu § 50 Ziff. 7 zu §§ 64, 72 Ziff. 4 und zu § 76.

**§ 50.** 1. Darüber, daß die dem betreibenden Gläubiger vorgehende Höchstbetragshypothek (§ 1190 BGB.) zu ihrem vollen Betrag in das geringste Gebot aufzunehmen ist, dürfte Übereinstimmung herrschen, und ist dies wiederholt ausgesprochen worden vom SächsOLG. **23** 163, 170, 176; OLG. **5** 212.

2. Dagegen bestehen lebhafte Meinungsverschiedenheiten über die weitere Behandlung der im geringsten Gebote berücksichtigten oder nicht berücksichtigten Höchstbetragshypothek, wobei die Vorfrage, wann sie dem Eigentümer zusteht, von wesentlicher Bedeutung ist. Diese Vorfrage wird von der herrschenden Meinung und dem RG. dahin entschieden, daß die Höchstbetragshypothek ein unbedingtes dingliches Recht ist, und daß der nicht ausgefüllte Teil der Höchstbetragshypothek nicht von Anfang an, sondern erst nach endgültiger Feststellung der Gläubigerforderung als Eigentümergrundschuld zu betrachten ist, wobei jedoch bei inmitteliegendem Wechsel der Eigentümer und der Höhe der Forderung weiter gefragt werden muß, welcher der verschiedenen Eigentümer berechtigt ist? Reinhard, R. **02** 31 ff., CBlFrG. **3** 38 ff.; **RG. 49** 162, **51** 115, 398; JW. **02** Beil. 203, 232.

3. Die zuletzt angeregte Frage wird vom **RG. 55** 217 gegen OLG. Dresden, CBlFrG. **3** 753 dahin entschieden, daß für diese Eigentümerhypothek, wenn eine Forderung gar nicht entstanden war, der Eigentümer zur Zeit ihrer Eintragung, wenn sie nachträglich erloschen ist, der Eigentümer, unter dem sie erloschen ist, als berechtigt erscheint, keinesfalls aber der nachgehende Hypothekengläubiger. Kretschmar gegen, Jaeckel für dieses Urteil, s. CBlFrG. **4** 195, 203, 279. Reinhard schließt sich nunmehr der Meinung des **RG.** CBlFrG. **4** 462 an. Vgl. auch DJZ. **03** 331.

4. Lafrenz, Gruchots Beitr. **46** 335, vertritt die (nach vorstehendem wohl zutreffende) Meinung, daß, wenn die Höchstbetragshypothek in das geringste Gebot eingestellt ist, sie nach dem Zuschlag ohne Rücksicht auf das Schicksal der Forderung und ohne Ersatzzahlungspflicht des Erstehers für den eingetragenen Gläubiger oder den betreffenden Eigentümerhypothekar stehen bleibt, ausgenommen den Fall zu Ziff. 5 unten. Reinhard nahm dagegen früher (R. **02** 31 ff., CBlFrG. **3** 38 ff., 147) unter Umständen eine bedingte oder unbedingte Ersatzzahlungspflicht des Erstehers an. Vgl. auch OLG. **4** 377 (Dresden), SächsAnn. **23** 176, **24** 247; Schöbel, Prakt. Fragen 14, 39 ff.

5. Maximalschiffshypotheken will Lafrenz a. a. O. dem eingetragenen Gläubiger und, soweit sie nicht erschöpft sind, den Nachmännern zugeteilt wissen.

6. Die nach älterem sächs. Rechte eingetragenen Kostenkautionen bleiben als unselbständige Anhängsel der im geringsten Gebot inbegriffenen Hypothek bestehen, obschon für den dadurch gesicherten Betrag der Berechtigte Deckung aus dem Bargebot erhielt. OLG. **4** 160 (Dresden); vgl. Reinhard, CBlFrG. **2** 467 ff. u. oben zu § 10 Ziff. 9.

7. Hartmann, Grundstücksgesamthypothek 7 f., nimmt Ersatzzahlungspflicht des Erstehers auch dann an, wenn die Gesamthypothek nach dem Zuschlage den Eigentümern der mitbelasteten Grundstücke, darunter auch demjenigen des versteigerten Grundstücks, gemeinschaftlich zufällt. Die Bereicherung soll dabei schon in diesem Zeitpunkte, nicht erst mit Verteilung nach §§ 1132 Abs. 2, 1172 Abs. 2 BGB., entstanden sein.

8. Der Ersteher hat keine Ersatzzahlung zu leisten, wenn auf dem mit einer öffentlichen Last beschwerten Grundstücke zugleich eine Sicherungshypothek zu deren Höchstbetrage (hier sog. sächsische Schleusenbaukaution) eingetragen ist und die öffentliche Last bestehen bleibt, die — ins geringste Gebot aufgenommene — Sicherungshypothek aber freiwillig gelöscht wird. **RG.** v. 31. 1. 03. Vgl. CBlFrG. **4** 461.

9. Die amortisierten Teile einer Hypothek fallen beim Mangel entgegenstehender Abmachungen dem Eigentümer zu. OLG. Stuttgart, DJZ. **04** 319. Ähnlich weist sie nach preuß. Landschaftshypothekenrechte das OLG. **8** 6 (Posen) dem letzten Eigentümer zu. Vgl. Kretschmar, DJZ. **03** 331, **04** 320.

10. Besteht das Recht zur Zeit des Zuschlags unbedingt, hört es aber später zu bestehen auf, so erwächst der Vorteil daraus ganz dem Ersteher. Anders in der Regel bei bedingten und unbestimmten Rechten. Ausnahmen aber auch hier denkbar. OLG. **5** 334 (Dresden).

11. Über nicht ins geringste Gebot aufgenommene Eigentümerhypotheken s. zu § 114. Über Pfändung von Eigentümerhypotheken s. zu § 9 Ziff. 5. Vgl. auch über Widerspruch gegen eine Hypothek zu § 48 Ziff. 3 I, III.

**§ 51.** Die Leibzucht muß bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt werden, widrigenfalls Beschwerderecht gegen den Zuschlagbeschluß. OLG. Frankfurt, EBlFrG. **3** 631; s. auch zu § 9 EGzZwVGes.

**§ 52.** Über geringstes Gebot u. dessen Wirkung vgl. zu § 44.

**§ 54.** Die Anmeldung der Fälligkeit einer Hypothek für sich allein genügt nicht, es muß der Eintritt der sie begründenden Tatsache (z. B. der kassatorischen Klausel) angemeldet sein, damit die Fälligkeit gegen den Ersteher wirkt. SächsOLG. **24** 87.

**§ 55.** 1. Soll durch den Besitz eines Dritten die tatsächliche Zubehöreigenschaft dem Bieter gegenüber ausgeschlossen werden, so müssen diese beiden einander ausschließenden Umstände gleichmäßig erkennbar sein. Die Sache darf nicht so liegen, daß der Besitz des Dritten durch die bestehenden und in die äußere Erscheinung tretenden Umstände verdeckt wird. **RG. 49** 253. Vgl. zu § 90 u. **RG.** Gruchots Beitr. **46** 1035.

2. Der Ersteher erwirbt ohne Rücksicht auf sein Wissen oder Wollen Eigentum an den von der Beschlagnahme ergriffenen Zubehörstücken, selbst wenn er sich früher als Hypothekgläubiger an deren Mobiliarpfändung beteiligt hatte. OLG. **4** 373 (Zweibrücken). Vgl. JW. **02** 37 Nr. 37.

3. Des Pächters Sachen gehen, abgesehen von §§ 587, 588 Abs. 2 BGB. nicht mit auf den Ersteher über. OLG. Posen, PosMschr **02** 8.

4. Der Dritte, der sein Eigentum an Zubehör durch den Zuschlag verloren und versäumt hat, seinen Anspruch auf den Erlös im Verfahren geltend zu machen, hat gleichwohl einen Bereicherungsanspruch gegen den Gläubiger, dem der betr. Erlös zugute kam. OLG. Naumburg, R. **02** 235.

5. Über Zubehör s. auch zu §§ 20, 21, 37, 148, 33 Ziff. 2, 59 Ziff. 2.

6. Herold, EBlFrG. **4** 287, führt folgendes aus: a) Die gesetzlichen Bestimmungen über Mitversteigerung von Zubehör können in der Richtung auf weitere Sachen nicht ausgedehnt, aber auch nur mit Vorsicht eingeschränkt werden. Von den Fällen der §§ 59, 65 abgesehen, sind Ausnahmebestimmungen hierbei unzulässig. Der ZwVRichter braucht den mitzuversteigernden Anhang im einzelnen jedoch nicht ausdrücklich festzustellen. b) Zwischen Versteigerung und Zuschlag sind Verfügungen des Schuldners über mitversteigerte Gegenstände dem Ersteher gegenüber unwirksam, auch soweit sie einem Dritten gehören. Erfolgt Einstellung oder Aufhebung des Verfahrens gemäß § 37 Ziff. 5 zwischen Versteigerung und Zuschlag, so ist der Gegner des Widersprechenden der Ersteher.

7. Über Freigabe von Zubehör s. zu § 29.

**§ 56.** 1. Hat der Konkursverwalter das Grundstück nach Zuschlag noch eine Zeitlang zur Warenlagerung benutzt, so kann der Ersteher dann einen Bereicherungsanspruch gegen ihn nicht erheben, wenn tatsächlich feststeht, daß er selbst in dieser Zeit keinen Nutzen aus den betr. Räumen hätte ziehen können. **RG.** JW. **03** Beil. 101.

2. Gewährleistung für Mängel s. zu § 180 Ziff. 10.

**§ 57.** 1. Da die Vorschriften der §§ 571 ff. BGB. für den Fall der ZwV. nur eingeschränkt gelten, hier insbesondere dem Ersteher ein Mietkündigungsrecht gegeben ist, so kann auch der Art. 172 EGzBGB. nur Fälle des § 571 BGB., nicht anders geregelte ZwVFälle im Auge haben. Letztere sind, wenn das ZwVVerfahren vor dem 1. 1. 00 begonnen hat, auch nach ihrer Wirkung (auf Miete ꝛc.) nach bisherigem Landesgesetze zu erledigen. RG. **48** 38. Vgl. OLG. Dresden, SeuffA. **56** Nr. 140. Ähnlich auch Harasser, SeuffBl. **65** 309. Abweichend OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **27** 38. Anders unter Umständen, wenn das Landesrecht selbst Reichsrecht in dieser Richtung eingeführt hat. RG. JW. **02** Beil. 267; s. aber unten Ziff. 3.

2. Über die Rechtsstellung des Mieters und Pächters zum Ersteher und das Kündigungsrecht des Erstehers s. Burchard, Buschs Z. **32** 134 f., 142 ff.

3. Ist durch Landesrecht (hier els.-lothr.) auch für die Zeit, da das Grundbuch noch nicht als angelegt gilt, das ZwVGes. eingeführt, so ist eine nach diesem Gesetz, insbesondere auch nach § 57 daselbst getroffene Entscheidung revisibel. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der § 57 in Wirklichkeit sich nur auf diejenigen Miet- und Pachtverhältnisse bezieht, die erst seit dem 1. Januar 1900 begründet worden sind. Dies entspricht allgemeinen Rechtsgrundsätzen, ist auch beim Erlasse der Ausführungsgesetze in verschiedenen Bundesstaaten ausdrücklich ausgesprochen worden. Die vor 1900 begründete längere Miet- und Pachtdauer besteht also gegen den Ersteher nach 1900 in der Regel fort. RG. **55** 248 contra OLG. **6** 431 (Colmar) u. OLG. Hamburg, HansGerZ. **02** Beibl. 157.

4. Zimmermann nimmt in seinem Buche „Die Rechtswirkung der Veräußerung ꝛc." 90 ff. weitgehende Wirkung der Mietüberlassung, sogar wenn sie nach der Beschlagnahme erfolgt ist, gegenüber den Beteiligten, unter Umständen auch dem Ersteher gegenüber an.

5. Der § 573 BGB. (betr. Verfügungen des Vermieters über Mietzinsen) ist auf den Fall der ZwV. nicht anzuwenden, sondern bezieht sich nur auf freiwillige Veräußerung. OLG. Frankfurt, R. **03** 550. A. M. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 251, OLG. Dresden, SeuffA. **58** Nr. 203; vgl. unten zu § 21 Ziff. 4 und besonders o. zu § 573 BGB.

**§ 59.** 1. Nach § 59 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 6 Pr. AGzZwGes. kann auch ein verbrieftes, aber nicht eingetragenes Wegerecht durch Doppelausbieten untergehen. Ersitzung kann dann nicht mehr geltend gemacht werden. OLG. **8** 8 (Königsberg).

2. Besteht Streit über Ausschluß bestimmter Zubehörstücke, so kann unter Umständen, um zu ersehen, ob nicht der Erlös auch ohne Zubehörstücke die Beteiligten befriedigt, Doppelausbietung mit oder ohne sie erfolgen. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 247.

**§ 63.** Im Sinne des § 63 ist nicht jedes Grundstück, das im Flurbuch eine besondere Nummer führt, als selbständiges anzusehen. Näheres hierüber und über die Bedeutung des älteren preußischen Grundbuchblatts, das im Zweifel nur ein Grundstück trotz mehrerer Katasternummern enthielt, s. OLG. **3** 45 (Celle); vgl. zu § 1 Ziff. 2.

**§ 64.** 1. Sein Recht zur Wahl, wie er aus den ihm haftenden Grundstücken befriedigt werden will, kann der Korrealgläubiger nicht erst im Verteilungsverfahren geltend machen. (Anders war es nach Pr. ZwGes.). OLG. Hamburg, HansGerZ. **00** Beibl. 197 ff.

2. Vgl. auch zu §§ 72 Ziff. 4 und 76.

3. Wird bei gleichzeitiger Versteigerung mehrerer mit Gesamthypothek belasteter Grundstücke nur bei einem Grundstücke der Wert ermittelt, während der

Wert der übrigen Grundstücke durch die der Gesamthypothek vorgehenden Belastungen voll aufgewogen wird, so ist eine Verteilung der Gesamthypothek nicht möglich und es muß daher bei der Feststellung des geringsten Gebots die Gesamthypothek für jedes mit ihr behaftete Grundstück zum vollen Betrage berücksichtigt werden. Dann kann aber auch der Hypothekgläubiger nicht verlangen, daß bei Feststellung des geringsten Gebots für die Grundstücke nur die seinem Anspruche vorgehenden Rechte berücksichtigt werden. Denn die Befugnis des Abs. 2 setzt voraus, daß der Antrag aus Abs. 1 Erfolg hat. OLG. Braunschweig, R. **03** 581.

4. Hartmann, Grundstücksgesamthypothek 15 f., hält gegen Kretschmar, Einführung in das Grundbuchrecht 390, die Verteilung auch dann für nötig, wenn nur einige der Grundstücke versteigert werden. Auf diesen letzteren Grundstücken untereinander entstünden dann neue Sonderhypotheken. Das. 25 f. ist ausgeführt, daß das Wahlrecht des Abs. 2 hinsichtlich der einzelnen Grundstückserlöse nur unbeschadet der Rechte nach § 83 Ziff. 3 geübt werden kann.

**§ 65.** 1. Bei einstweiliger Einstellung der ZwV. in Zubehör bleibt der Eigentumsvorbehalt auf dieses gegenüber der Beschlagnahme wirksam. **RG. 50** 241.

2. Schöbel, Praktische Fragen 34 ff. führt aus:

a) Es ist zweckmäßig, wenn die Realgläubiger Antrag auf Sonderversteigerung der Gegenstände, für die ein Dritter Einstellung erwirkt hat, stellen, um sich vom Willen des betreibenden Gläubigers unabhängig zu machen. Der Dritte muß dann auch gegen sie Einstellung beantragen.

b) Ergibt sich bei dem gesonderten Verfahren gegen vermeintliches Zubehör, daß die Sachen in Wirklichkeit Grundstücksbestandteile sind, so kann der Ersteher des Grundstücks seine Rechte darauf geltend machen.

3. Nach Herold, CBlFrG. **4** 291 ff., muß schon der Anordnung der besonderen Versteigerung die Bedeutung beigelegt werden, daß sie die ausgesonderten Gegenstände für die beim Meistgebot auf das Grundstück zunächst Ausfallenden zurücklegt und sichert, diesen auch die Legitimation verschafft, die besondere Versteigerung zu betreiben und Dritten gegenüber ihre Rechte aus den Gegenständen zu wahren.

4. S. auch zu §§ 20, 37, 55, 95, 107.

**§ 66.** 1. Die mündliche Erklärung des Versteigerungsrichters im Termine, daß ein eingetragenes Recht (z. B. Altenteil) erlösche und das Grundstück frei von ihm auf den Ersteher übergehe, ist mangels protokollarischer Feststellung ohne rechtliche Erheblichkeit. OLG. 3 339 (Breslau); s. auch zu §§ 82, 80 Ziff. 6.

2. Wohl aber können solche Erklärungen zu Auslegungszwecken unter Umständen Berücksichtigung finden. OLG. Posen, SeuffA. **56** Nr. 191.

3. Das RG. hat zum Pr. ZwGes. von 1883 entschieden, daß durch die unanfechtbar gewordenen, wenn auch unrichtigen Bedingungen jeder Beteiligte ein Recht auf deren Ausführung erlangt und der geschädigte Gegner nicht etwa ungerechtfertigte Bereicherung nach § 812 BGB. geltend machen kann. **RG. JW. 02** Beil. 199; vgl. zu § 115 Ziff. 5.

4. Abhalten vom Bieten kann dann nicht unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. BGB. sein, wenn es durch kein Strafgesetz verboten ist, oder zwar gegen die guten Sitten verstößt, aber schädigende Wirkung nicht übt. **RG. JW. 02** Beil. 222; vgl. JW. **02** 406 Nr. 61; **RG. 51** 401; vgl. auch Schneider, R. **03** 415.

5. Über Fassung des Ausgebots s. zu § 44 Ziff. 4.

6. Langheineken, R. **02** 385 ff., bespricht die Notwendigkeit der Beiziehung mathematischer Sachverständiger in Einzelfällen.

**§ 67.** Diese Vorschrift bezieht sich auch auf die vorgemerkten Rechte. Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung 109.

**§ 68.** Die Verhandlungen über Sicherheit sind zu protokollieren; s. zu § 80 Ziff. 4.

**§ 69.** Die Hinterlegung der Bietungssicherheit hat keine Zahlungswirkung. Cohn, DJZ. **03** 173; s. auch zu § 107 Ziff. 3.

**§ 71.** 1. Magendantz, JW. **01** 700 hält öffentlich beglaubigte Vollmachten auch für Vertreter von Korporationen und Behörden für nötig und öffentliche Urkunden dieser Machtgeber nicht für ausreichend.

2. Der für sich und andere Bietende muß, wenn seine Vertretungsvollmacht nicht offenkundig ist, Vollmacht sofort im Versteigerungstermine beibringen. Geschieht dies nicht, so ist sein Gebot zurückzuweisen, und wenn dies unterblieb, so muß später der Zuschlag, auch wenn er Vollmacht nachträglich beigebracht hat, versagt werden. OLG. Braunschweig, CBlFrG. **3** 45 ff.; s. auch zu § 72 Ziff. 3.

3. Der Vollstreckungsrichter hat die Wirksamkeit des abgegebenen Gebots von Amts wegen zu prüfen und, wenn sich dessen Unwirksamkeit ergibt, es zurückzuweisen. Ist die vom Bietenden selbst wegen seines angeblichen Irrtums sofort verlangte Zurückweisung, ohne daß sie etwa durch Übergebote erledigt wurde, zu Unrecht unterblieben, so muß das Versäumte bei Entscheidung über den Zuschlag nachgeholt werden. Daß diese einer Nachprüfung in der Beschwerdeinstanz unterliegt, ist nach §§ 100, 80 Abs. 1 klargestellt. Ein Unterschied wegen der Gründe der Bemängelung des Gebots (ob ausgeschlossene oder geminderte Geschäftsfähigkeit, Irrtum, Betrug, Drohung) ist dabei nicht zu machen. Die den ordentlichen Prozeßweg ausschließende Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts ist nach allen Richtungen eine uneingeschränkte. Daher sind derartige Fragen nur im Beschluß-, nicht im Klageverfahren zu entscheiden. **RG.** v. 22. 4. 03; ähnlich OLG. Stettin, R. **03** 108, in derselben Sache; Schneider, Buschs Z. **31** 287; s. auch zu § 72 Ziff. 1, zu § 80 Ziff. 1, § 44 Ziff. 4.

4. Der Vormund bedarf zur Erstehung eines Grundstücks der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts und muß sie bei Abgabe seines Gebots für den Mündel nachweisen, widrigenfalls sein Gebot zurückgewiesen wird. LG. Halle, NaumbAK. **02** 75.

**§ 72.** 1. Ein Bieter, dessen Gebot mangels genügender Sicherheitsleistung vielleicht mit Unrecht zurückgewiesen wurde, kann sich nicht beschweren, wenn er weiter nicht mitgeboten und ein anderer für ein höheres Gebot den Zuschlag erhalten hat. SeuffA. 58 Nr. 45 (KG.); vgl. auch zu § 71 Ziff. 3.

2. Nur auf dem Wege des Widerspruchs gegen die ein Gebot zurückweisende Entscheidung des Gerichts vermag sowohl der Bieter als ein Beteiligter, also insbesondere auch der betreibende Gläubiger zu bewirken, daß das zurückgewiesene Gebot bei der Entscheidung über den Zuschlag, namentlich auch in der Beschwerdeinstanz, zu berücksichtigen ist. Solchen Widerspruch muß das Protokoll ergeben. Auf das Protokoll und dessen Verlesung finden die allgemeinen Vorschriften der §§ 159 ff. ZPO. Anwendung. OLG. 5 336 (Stuttgart).

3. In einer verwickelten Beschwerdesache hat das OLG. Braunschweig u. a. folgendes ausgesprochen: Ist das frühere Gebot infolge der widerspruchslosen Zurückweisung des Übergebots bestehen geblieben, so ist es, wenn es auch mit Unrecht nicht ebenfalls zurückgewiesen wurde, vorläufig zu beachten und nach §§ 73 Abs. 2 u. 74 zu behandeln. Dies schließt aber nach §§ 79, 81 nicht aus, daß nachträglich der Zuschlag auf dieses Gebot (z. B. nach § 71, s. dort Ziff. 2) versagt wird. Geschieht dies erst auf Beschwerde, so hat sich das Beschwerdegericht auf den Ausspruch der Versagung des Zuschlags zu beschränken und dem

Vollstreckungsgerichte die Frage der einstweiligen Einstellung oder Aufhebung des Verfahrens nach § 86 zu überlassen. CBlFrG. **3** 45.

4. Die Zulassung eines Gesamtgebots bringt an sich die höchsten Einzelgebote noch nicht zum Erlöschen und schließt den Widerspruch gegen Zurückweisung eines Einzelgebots noch nicht aus. Das Gesamtgebot gilt nicht als Übergebot im Sinne des § 72. OLG. Karlsruhe, R. **02** 486.

5. Die Zuschlagserteilung auf ein Übergebot kann nicht wegen ungerechtfertigter (und widersprochener) Zurückweisung eines früheren Gebots angefochten werden. OLG. **5** 336 (KG.).

**§ 75.** 1. Die Einzahlung eines nicht zur Befriedigung *sämtlicher* betreibender Gläubiger (und zur Deckung der Kosten) ausreichenden Betrags muß ohne jeden Einfluß auf das Verfahren bleiben, kann also auch nicht zu einer anderweiten Berechnung des geringsten Gebots führen. OLG. **2** 511 (Königsberg).

2. Auch Nebenforderungen des Gläubigers, insbesondere die auf Erstattung der zur Erhaltung oder notwendigen Verbesserung des Grundstücks aufgewendeten Beträge, sowie die zur Zwangsverwaltung von ihm gezahlten Vorschüsse sind nach § 75 vom Schuldner einzuzahlen. OLG. **4** 159 (KG.), SeuffA. **57** Nr. 54.

**§ 76.** Bei gesetzwidriger Ausdehnung der ZwV. ist der Zuschlag von Amts wegen hinsichtlich der weiteren Grundstücke zu versagen (§§ 83 [6], 100 Abs. 3). Der Anwendung des § 76 steht nicht entgegen, daß eine Gesamthypothek im geringsten Gebot auf die Einzelgrundstücke ohne Doppelausgebot des § 64 Abs. 2 zerlegt wurde. OLG. Karlsruhe, R. **02** 486.

**§ 78.** 1. Ein Bietungslustiger A. hatte zum Versteigerungsprotokoll erklärt: „Ich rechne, falls ich das Grundstück erstehen sollte, gegenüber der fälligen, stehenbleibenden Eigentümergrundschuld des Subhastaten B. mit dem ausfallenden Teile meiner Hypotheken auf." Der anwesende B. äußerte sich nicht hierüber und übertrug nach Erteilung des Zuschlags an A. seine Eigentümergrundschuld dem C. Die Löschungsklage des A. gegen C. ist abgewiesen worden, weil Vereinbarung zwischen A. und B. nicht vorlag, die einseitige Aufrechnungserklärung wegen zur Zeit ihrer Abgabe noch nicht bestehender Schuld des A. gemäß § 387 (nicht § 388) BGB. ungültig war und weil der *Abschluß* des für solche Erklärungen nicht bestimmten Protokolls ihre verfrühte Abgabe nicht heilen konnte. **RG.** v. 16. 9. 03.

2. Über Protokoll s. auch zu §§ 66, 68, 72 Ziff. 2, 80.

**§ 79.** Nichtbindung an eine frühere Entscheidung s. zu § 72 Ziff. 3.

**§ 80.** 1 Die Berücksichtigung des Irrtums des Meistbietenden über die Ausbietungsbedingungen und der seinen Irrtum beweisenden Tatsachen wird durch § 80 nicht gehindert. Dieser bezieht sich nur auf solche Vorgänge, zu deren Beurkundung das Versteigerungsprotokoll an sich bestimmt ist. — Die Vorschrift des § 81, daß der Zuschlag dem Meistbietenden zu erteilen sei, gilt nur für ein wirkliches — nicht irrtümliches — Gebot. OLG. **4** 157 (Königsberg).

2. Für Anfechtbarkeit des Meistgebots wegen Irrtums bis zum Ende der Beschwerdefrist des § 98 sprechen sich auch aus *Reinhard*, CBlFrG. **3** 146 u. die oben zu § 44 Ziff. 4 erwähnte Entscheidung; s. auch zu § 71 Ziff. 3; ähnlich *Peiser*, Buschs Z. **31** 399.

3. Zweifelhaft läßt diese Anfechtungsfrage eine Entscheidung des OLG. **5** 210 (Dresden), die im übrigen folgendes ausführt: Für die Frage, unter welchen Bedingungen der Zuschlag zu erteilen war, namentlich auch hinsichtlich des geringsten Gebots, ist ausschließlich das Protokoll maßgebend. Durch Heranziehung nicht protokollierter Vorgänge kann vielleicht das Protokoll ausgelegt, aber nicht ein mit dem Protokoll in Widerspruch stehender Tatbestand hergestellt werden.

4. Die Höhe der auferlegten Bietungskaution ist im Protokoll ersichtlich zu machen, namentlich bei doppeltem Kautionsrechte des betreibenden Gläubigers (§ 68 Abs. 2). Nachträgliche Ergänzung des Protokolls ist unzulässig. OLG. Karlsruhe, R. **02** 486.

5. Über Bedeutung des Protokolls s. auch zu §§ 66, 68, 72 Ziff. 2, 78.

6. Durch eine nur mündliche Erklärung des Richters im Versteigerungstermine wird eine Versteigerungsbedingung nicht festgesetzt. **RG.** v. 16. 12. 03; s. auch zu § 66 Ziff. 1 u. 2.

**§ 81.** 1. Rothenberg nimmt gegen Dernburg, Jaeckel, Fischer und Schäfer einen vertragsähnlichen Aufbau der ZwV. an, wobei das Gebot als Vertragsantrag gelte und der Zuschlag des Versteigerungsrichters als annehmende Willenserklärung des von ihm mit vertretenen Schuldners erscheine. AzivPr. **94** 265 ff.; vgl. zu § 87.

2. Über Prüfung des Gebots und Beschwerde deshalb s. zu §§ 71, 72.

3. Der Meistbietende A. hatte seine Rechte an B. abgetreten, sich dabei aber in einem Nebenvertrage das Zubehör zurückbehalten und es dem B. nur „leihweise" gegen Abschlagszahlungen überlassen. B. erlangte den unbeschränkten Zuschlag und verkaufte dann das Grundstück mit Zubehör an C. weiter. Die Klage des A. gegen B. auf eine Abschlagszahlung drang durch, indem ausgesprochen wurde: Möge B. der Eigentümer des Zubehörs geworden und geblieben sein oder möge er das Eigentum daran dem A. zurückverschafft haben, in jedem Falle habe er rechtswidrig gehandelt, wenn er, entgegen dem Vertrage, das Grundstück mit dem Inventar an C. veräußerte und auf diesen, als Gutgläubigen, das Eigentum am Inventar übertrug. Deshalb müsse er Schadensersatz gewähren. **RG.** v. 9. 5. 03.

4. Im Verhältnisse zwischen Auftraggeber und Beauftragten bedarf der Auftrag, ein Grundstück im ZwV Verfahren zu erwerben und es dann dem Auftraggeber zu übereignen, nicht unbedingt der Form des § 313 BGB. **RG. 54** 75.

5. Lafrenz, DJZ. **01** 552 erörtert den Umfang der Verbindlichkeit des mithaftenden Meistbietenden. Er erstreckt dessen Haftung auf das Bargebot, die Kosten des Zuschlagsbeschlusses, den Eintritt in Miet- und Pachtverhältnisse und in das persönliche Schuldverhältnis einer bestehenden Hypothek ꝛc.

6. Über Bieten für andere s. zu § 71.

**§ 82.** Soweit der Beschluß über Versteigerungsbestimmungen schweigt, treten lediglich die gesetzlichen Bedingungen ein. OLG. **3** 339 (Breslau); s. auch zu § 66 Ziff. 1—3.

**§ 83.** 1. Zu Ziff. 1. Über nicht selbständige Anfechtbarkeit des Beschlusses betr. das geringste Gebot s. zu § 44 Nr. 3. Über Rechtskraft unrichtiger Bedingungen s. zu § 66 Nr. 3.

2. Zu Ziff. 5 u. 6. Über entgegenstehendes Veräußerungsverbot s. zu § 28 Ziff. 3 und über einen „sonstigen" Hinderungsgrund s. zu § 76.

3. Zu Ziff. 5 führt Peiser, Buschs **3 31** 398 aus, daß, wer ein der Versteigerung entgegenstehendes Recht hat, vor Erteilung des Zuschlags die Aufhebung oder Einstellung des Verfahrens herbeiführen muß. Ist dies geschehen, so ist der Zuschlag zu versagen.

4. Zu Ziff. 3 s. zu § 64 Ziff. 4.

**§ 85.** Über den Antrag des betreibenden Gläubigers auf Zuschlagsversagung und Terminsverlegung s. zu § 33.

**§ 86.** Wirkung der Zuschlagsversagung s. zu § 72 Ziff. 3.

**§ 87.** Der Subhastationsrichter übt mit der Erteilung des Zuschlags nicht Rechtsprechung, sondern eine rechtsverwaltende Tätigkeit (einen konstitutiven

Willensakt) aus. In einem späteren Prozeß ist die Auslegung der Entscheidung über den Zuschlag nicht revisibel (preußisch-rechtlicher Fall). **RG.** SeuffA. **55** Nr. 180; vgl. zu § 81 Ziff. 1.

**§ 90.** 1. Der Zuschlag beseitigt frühere, aber nicht rechtzeitig nach § 37 Ziff. 5 gewahrte Eigentums- und Räumungsansprüche eines Dritten gegen den Ersteher. Nur im Falle eines arglistig durch den Ersteher herbeigeführten ZwV.-Verfahrens könnte der Dritte Restituierung der ihm entzogenen Rechte verlangen. **RG.** JW. **03** 406 Nr. 23.

2. Über Erlöschung der Beschlagnahme s. zu § 23 Ziff. 1. Über Umfang der Versteigerung s. auch zu §§ 20, 21, 37, 55, 65, 90; über Recht des Erstehers auf die Mietzinse s. zu § 57 Ziff. 5.

3. Das ebenso häufige als bedenkliche Mißverhältnis des Zuschlagsergebnisses (Erlöses) zum wahren Werte und die i. d. R. unabwendbaren Folgen dieses Mißstandes werden besprochen von Bamberger, DJZ. **02** 148 und von Schneider, R. **03** 413 ff.; s. jedoch zu § 91 Ziff. 10.

4. Über die Wirkung des Zuschlags nach preußischem ZwVGes. von 1883 bei Abweichungen des Grundbuchs von der Wirklichkeit s. Literaturangaben und Rechtsprechung in **RG. 15** 249, SeuffA. **55** Nr. 66, JW. **00** 283 Nr. 30, 284 Nr. 31.

5. Durch den Zuschlag erwirbt der Ersteher mit dem Eigentum am Grundstücke begrifflich und kraft rechtlicher Notwendigkeit gemäß § 93 BGB. alle seine wesentlichen Bestandteile, ohne daß dieser Erfolg durch irgendwelche Anordnung des Vollstreckungs- oder Prozeßgerichts (z. B. vorläufige Ausschließung des Bestandteils von der Versteigerung) gehindert werden könnte. (Anders bei Zubehör und Erzeugnissen, soweit diese sich nicht als Zubehör darstellen.) Eine etwaige Vertragspflicht des Erstehers zur Herausgabe des Bestandteils kann trotzdem bestehen. **RG.** JW. **02** 229 Nr. 1. Vgl. für preuß. Recht JW. **02** 262 Nr. 34.

6. Der Unterschied zwischen Bestandteilen und Zubehör in Ansehung der ZwV. wird besonders hervorgehoben und die Möglichkeit der Ausschließung des Zubehörs von der ZwV. gemäß § 55 Abs. 2, 37 Ziff. 5 anerkannt in **RG. 50** 241. Vgl. den sächsischen Übergangsfall in **RG. 50** 68.

7. Der Umfang des zugeschlagenen Grundstücks bestimmt sich nicht unbedingt nach den Steuerbuchauszügen. Ist bei der ZwV. eine auf einer Handzeichnung bestimmt bezeichnete streitige Fläche vom Zuschlag ausgenommen worden, so kann trotzdem sofortige Berichtigung des Grundbuchs erfolgen, wobei nur für jeden Dritten der Ausschluß der vom Zuschlag ausgenommenen Fläche deutlich erkennbar gemacht werden muß. OLG. **5** 3 (Königsberg).

**§ 91.** 1. Meves, R. **01** 202, hält Schuldübernahme durch den Ersteher nach § 414 BGB. wegen Erloschenseins der Hypothek für ausgeschlossen, neue Hypothekbestellung des Erstehers und Kassierung des alten Hypothekenbriefs für nötig. Lafrenz, R. **01** 258, nimmt im Gegenteil an, daß das Gesetz das Fortbestehen der zu übernehmenden Hypothek fingiere und daß sich der ZwV.-Richter um den alten Hypothekenbrief nicht zu kümmern habe. Jaeckel, R. **01** 280 ist im allgemeinen der letzteren Meinung. Er hält die Vereinbarung, daß die Hypothek bestehen bleiben solle, für wesentlich und im Zweifel auch zugleich für den Eintritt in die persönliche Schuld. Gegen Kassierung des alten Briefes erklärt er sich ebenfalls.

2. Lafrenz, SächsA. **12** 74 stellt, abweichend teilweise von anderen Meinungen, folgende Sätze auf: a) Die Vereinbarung des Bestehenbleibens eines Rechtes kann auch schon im Versteigerungstermin erfolgen. b) Bei diesbezüglicher Erklärung für einen anderen ist öffentlich beglaubigte Vollmacht nicht nötig(?).

c) Der Ersteher muß, wenn nicht den Hypothekenbrief vorlegen, so doch beweisen, daß sein Kontrahent den Brief zur Zeit der Vereinbarung besaß. d) Ohne weiteres erstreckt sich die Vereinbarung nicht auf die Zinsen. e) Die Meinung, daß auch die persönliche Schuld mit übernommen wird, ist zu billigen. f) Es kann auch ein Recht übernommen werden, das durch das Meistgebot nicht gedeckt ist, unbeschadet der Weiterhaftung des Schuldners. g) Ohne besondere Vereinbarung und Sicherung rücken, wenn vorgehende Rechte nicht übernommen sind, bei deren Erlöschen die nachgehenden übernommenen Rechte vor.

3. Neue Nebenbestimmungen bei vereinbarungsgemäß bestehenbleibenden Hypotheken darf der Grundbuchrichter trotz Eintragungsersuchens des Vollstreckungsrichters prüfen. R. **01** 535 (KG.).

4. Die nach den Versteigerungsbedingungen erlöschende, vom Gläubiger-Ersteher auf seine Barzahlungsschuld verrechnete eigene Hypothek ist als Eigentümergrundschuld anzusprechen (§ 1177 BGB.). Der Ersteher kann sie nur als Grundschuld abtreten, sofern die beseitigte Forderung nicht durch eine andere ersetzt wird. OLG. **3** 233 (KG.).

5. Der Ersteher ist nicht berechtigt, beim Grundbuchamte die Eintragung eines Widerspruchs gegen ein eingetragenes, aber durch den Zuschlag ohnedies erlöschendes Recht zu beantragen. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **26** 353.

6. Die Hypothekübernahme nach Abs. 2 hindert nicht Widerspruch des Subhastaten gegen die übernommene Hypothek im Verteilungsverfahren. Dann hat der Verteilungsplan für den Fall der Rechtmäßigkeit des Widerspruchs zu bestimmen, wie die Hypothek anderweit verteilt werden soll. OLG. **6** 98 (KG.).

7. Aufsatz über Hypothekerneuerung in der Subhastation nach französischem Rechte in der ElsLothrNotZtg. **03** 33.

8. Linckelmann, JW. **03** 336, bespricht die verschiedenen Meinungen über die Wirkung der Schuldübernahme und kommt zu dem von ihm ausführlich begründeten Schlusse, daß wie nach preuß. ZwVGes., so auch nach § 91 ZwVGes. die Vereinbarung über das Stehenbleiben eines Rechtes an einem Grundstücke rechtsgrundsätzlich die Übernahme der persönlichen Schuld im Sinne der privaten Schuldübernahme des § 414 BGB. enthalte und daß hierbei auch veränderte Schuldbedingungen gesetzt werden könnten und vom ZwVRichter protokolliert werden müßten, daß jedoch entgegen dem § 417 BGB. alle früheren Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnis in Wegfall kämen.

9. Bleibt eine zur Hebung gelangte Hypothek nach § 91 Abs. 2 bestehen, so gilt das alte Pfandrecht weiter, und der Hypothekgläubiger kann den Interventionsprozeß wegen Pfändung von Zubehör betreiben. OLG. Stettin, PosMschr. **04** 14.

10. Für die Schadensberechnung wegen eines in der ZwV. erloschenen Rechtes ist nicht der scheinbare Verlust des nicht ausbietenden Hypothekgläubigers, sondern sein Weiterverkaufspreis maßgebend. **RG**. R. **03** 83.

11. Im Aufsatze Reinhards, CBlFrG. **3** 860 ff., über den Gläubigerersteher ist ausgeführt: a) Mit oder ohne ausdrückliche Aufrechnungserklärung kann sich der Ersteher von Zahlung des durch seine eigene Hypothek gedeckten Teiles des Meistgebots befreien. Eine Sicherungshypothek nach § 128 ist dafür nicht einzutragen. b) Er kann auch die Eigentümergrundschuld sich vorbehalten.

**§ 93.** Neben dem Zwangsverwalter nach § 94 kann unter Umständen auch der Ersteher vollstreckbare Ausfertigung des Zuschlagsbeschlusses verlangen. LG. Magdeburg, NaumbAnwK. **01** 110.

**§ 94.** 1. Diese Art der Zwangsverwaltung ist im Gegensatze zu der im § 146 bestimmten nur Sicherungsmaßregel; sie muß gegebenenfalls eingeleitet

werden, selbst wenn die Forderung des Antragstellers bestritten oder mit Arrest belegt ist. OLG. **2** 238 (Colmar).

2. S. zu § 93.

3. Nach Mothes, Die Beschlagnahme 2c. 43 f., hat diese Verwaltungsanordnung die Wirkung der „Verstrickung" des Grundstücks, ähnlich wie Sequestration.

4. Burchard, Buschs Z. **32** 131, spricht auch dem Verwalter nach § 94 das Recht zu, Miet- u. Pachtverträge einzugehen.

**§ 95.** 1. Der Antrag des Konkursverwalters, die von einem Hypothekgläubiger betriebene ZwV. nicht auf das von ihm zur Konkursmasse beanspruchte Grundstücks-Zubehör auszudehnen, war vom AG. zurückgewiesen worden. Seine sofortige Beschwerde wurde als unzulässig verworfen, weil fragliche Entscheidung weder die Anordnung noch Aufhebung noch einstweilige Einstellung oder Fortsetzung des Verfahrens betreffe (?.) Ob Beschwerde gegen den Zuschlag zulässig oder §§ 771, 769 Abs. 2 ZPO. anwendbar, blieb dahingestellt. OLG. Dresden, SeuffA. **56** Nr. 41.

2. Über Anfechtung des geringsten Gebotes s. zu § 44 Ziff. 3.

3. Anrufung des Gerichts gegen nichtrichterliche Versteigerungsbeamte s. zu § 13 EGzZwVGes.

4. Kein Klageweg? s. zu § 71 Ziff. 3.

**§ 96.** Über Fassung der Beschwerde s. zu § 101.

**§ 97.** Beschwerdefrist für unbekannte Erben s. zu § 6 Ziff. 2.

**§ 100.** Über rechtskräftig gewordene unrichtige Bedingungen s. zu § 66 Ziff. 3 und über Anfechtung des Zuschlags wegen Irrtums s. zu §§ 71 Ziff. 3, 80, wegen Zubehörsmitversteigerung s. zu § 95 Ziff. 1. Geringstes Gebot s. zu § 51 Ziff. 1. Gesetzwidrige Ausdehnung der ZwV. s. zu § 76.

**§ 101.** Einen besonderen Antrag braucht die Beschwerde nicht zu enthalten. Ist die Beschwerde begründet, so hat das Beschwerdegericht von Amts wegen in der Sache selbst zu entscheiden. OLG. **2** 509 (Königsberg).

**§ 104.** Zustellung bei Unbekanntheit der Erben des verstorbenen Erstehers s. zu § 6 Ziff. 3.

**§ 107.** 1. Herold, CBlFrG. **4** 291 ff., führt über Sonderversteigerungen folgendes aus:

a) Den bei der Hauptverteilung zunächst ausfallenden Realgläubigern sind die Erlöse aus der Sonderversteigerung zu sichern. Durch Auszahlung dieses Erlöses an sie beendet der Richter das Recht des Schuldners auf den Erlös und gewährt den bis dahin ausgefallenen Gläubigern ganz oder teilweise Befriedigung wie aus dem Grundstücke.

b) Steht der Erlös der Sonderversteigerung bei der Hauptverteilung noch nicht fest, so sind die auf ihn Berechtigten im Teilungsplan im voraus festzustellen, was dann nachträglich ausgeführt wird.

c) Zur Vermeidung von Verwirrung empfiehlt es sich, die besondere Versteigerung erst nach Rechtskraft des Grundstückszuschlags vorzunehmen.

2. Nach dem Tode des Erstehers kann jeder Miterbe in seinem Nachlasse wie jeder Dritte (§ 267 Abs. 1 BGB.) die Zahlung an Stelle des Erstehers leisten. Nachlaßforderungen können die Erben nur zusammen aufrechnen, seine Einzelforderung hat jeder Erbe für sich. So Peiser, Buschs Z. **31** 403.

3. Cohn, DJZ. **03** 173, nimmt im Gegensatze zu einigen Kommentaren an, daß die Hinterlegung zur Sicherheit erst im Augenblicke des Zuschlags als Zahlung wirkt und daß bis dahin der Ersteher die Gefahr wegen des hinterlegten Betrags trägt, aber auch dessen Eigentümer und Zinsberechtigter ist, andererseits jedoch das Bargebot verzinsen muß.

**§ 109.** 1. Das RG. hat zum preuß. ZwVGes. von 1883, jedoch unter Bezugnahme auf § 109 RZwG., entschieden, daß, wenn das Vollstreckungsgericht verweigert, staatliche, aus dem Kaufgelde zu zahlende Gerichtskosten in den Teilungsplan aufzunehmen, dies kein Justizverwaltungsakt, sondern eine mit sofortiger Beschwerde anfechtbare Entscheidung im Zwangsvollstreckungsverfahren ist. JW. **00** 84 Nr. 31; vgl. zu § 10 Ziff. 9.

2. Die Regelung des Kostenwesens im ZwV.- u. ZwVerwSachen ist der Landesgesetzgebung verblieben. In Preußen bilden die Oberlandesgerichte gemäß §§ 27, 119 pr. GKG. v. 25. 6. 95 die letzte Instanz in solchen Kostenbeschwerdesachen. **RG.** JW. **02** 102 Nr. 52.

3. Das Honorar des ZwVerwalters gehört nicht zu den Kosten der ZwV. im Sinne des § 109. Es ist aus den Nutzungen vorweg zu nehmen oder vom betreibenden Gläubiger vorzuschießen und dann nach § 10 zu liquidieren. OLG. **6** 441 (Königsberg); s. zu § 155.

**§ 110.** Bereicherungsklage des nicht rechtzeitig nach § 37 Ziff. 4 Anmeldenden gegen den dadurch zur Hebung gelangten Gläubiger verneint. OLG. Posen, PosMschr. **03** 117; s. auch zu § 37 Ziff. 1.

**§ 113.** Rechnungssachverständiger s. zu § 66 Ziff. 6.

**§ 114.** 1. Bei nicht aus dem Grundbuch ersichtlichem Zinsfuße muß die Zinsenforderung immer angemeldet werden, mag auch nach früherem Rechte die Hypothek von selbst als verzinslich gegolten haben. OLG. Hamburg, Hans. GerZ. **01** Beibl. 215.

2. Über Behandlung von stehenbleibenden Sicherungs- und Eigentümerhypotheken s. zu § 50. Die Entscheidungen über Eigentümerhypotheken s. JDR. **2** zu §§ 1163 ff. BGB.; s. auch zu § 115 Ziff. 10 und 11.

3. Steht fest, in welcher Höhe die durch eine nicht ins geringste Gebot aufgenommene Sicherungshypothek gedeckte Forderung des Gläubigers besteht, so ist sie in Höhe des Überrestes entweder nicht zur Entstehung gelangt oder, wofern sie zur Entstehung gelangt war, wieder erloschen; für beide Fälle ist nach § 1163 BGB. der Eigentümer substituiert, das Aufrücken der Nachhypotheken also ausgeschlossen. **RG. 55** 217. Ähnlich Lafrenz, Gruchots Beitr. **46** 335 ff., der bei Unbekanntheit des Eigentümerhypothekars Aufgebot nach § 135 angewendet wissen will. A. M. früher Reinhard, R. **02** 31 ff., CBl. FrG. **3** 38 147; s. auch zu § 50 Ziff. 4, zu § 126 Nr. 2.

4. Zwei Hypotheken waren auf einem elsasser und zugleich auf einem schweizerischen Grundstück eingetragen. Im elsässer ZwV.Verfahren erklärte deren Gläubiger dem Notar nach dem Zuschlag, aber vor dem Teilungstermine, „daß er seine Anmeldung auf die beiden Hypotheken zurückziehe, um die betreffenden Forderungen auf das schweizerische Unterpfand zu übertragen." Ein Gläubiger, der die vermeintliche Eigentümer-Hypothek für sich hatte pfänden lassen, wurde mit seinem Anspruche darauf abgewiesen, weil, abgesehen von nicht richtiger Pfändung die durch den Zuschlag erloschene Hypothek sich nicht mehr in eine Eigentümergrundschuld nach §§ 1168 Abs. 1, 1177 Abs. 1 BGB. umwandeln konnte. **RG. 55** 260. Ob ein Gesamthypothekverhältnis in diesem Falle möglich war, blieb dahingestellt.

5. Die nach §§ 61, 118, 125, 128, 134 ZwGes. entstandenen Sicherungshypotheken kommen nach Lafrenz, Gruchots Beitr. **46** 335 ff., ohne weiteres dem gesetzlich oder laut Eintrags Berechtigten zu.

6. Über Maximalschiffshypotheken s. zu § 50 Ziff. 5; über Pfändung von Eigentümerhypotheken s. zu § 9 Ziff. 5; über Schleusenbaukautionen s. zu § 50 Ziff. 8.

7. Eine nicht valutierte Baugelderhypothek alten preußischen Rechtes wird

Eigentümergrundschuld durch die neue Gesetzgebung (RG. 48 48) und ist, wenn mehrere Eigentümer zu gleichen Rechten eingetragen sind, ohne Auseinandersetzung gleichheitlich zu verteilen. Eine vorgängige, wenn auch nur allgemeine Zession der Eigentümerrechte macht deren spätere Pfändung wirkungslos. RG. v. 18. 2. 03.

8. Nach Lindemann, DJZ. 03 497, können mangelhafte Anmeldungen zurückgewiesen werden und es kann statt des beanspruchten Ranges der in Wirklichkeit zukommende vom Gerichte zugewiesen werden.

**§ 115.** 1. Das Widerspruchsrecht des Konkursverwalters gegen eine Anmeldung im Zw.VVerfahren über die zur Konkursmasse gehörigen Grundstücke hängt nicht davon ab, daß beim Wegfalle des bestrittenen Betrags die Konkursmasse eintritt, immerhin muß aber ein rechtliches Interesse am Widerspruche für den Konkursverwalter gegeben sein. RG. JW. 01 287 Nr. 3.

2. Ist der Ersteher zugleich Hypothekgläubiger, so steht ihm in letzterer Eigenschaft ein Widerspruchsrecht zu. Seinen Widerspruch gegen Nichtberücksichtigung eines Zwangsverwaltungsverfahrens kann er aber jedenfalls nur im Klagewege, nicht mittels Beschwerde (?) geltend machen. OLG. Hamburg, HansGerZ. 01 Beibl. 285.

3. Für Einwendungen prozessualer Natur (z. B. dagegen, daß ein Anspruch nur bedingt eingestellt wurde) ist der Klageweg verschlossen, und ihre Erledigung kann nur im Wege des im § 793 ZPO. geordneten Rechtsmittelverfahrens erfolgen. OLG. Dresden, SeuffA. 57 Nr. 118; vgl. auch zu § 118 Ziff. 2.

4. Richtet sich der Widerspruch nicht gegen die Schulden-, sondern gegen die Teilungsmasse, macht insbesondere ein am ZwV.Verfahren nicht Beteiligter geltend, in die zu verteilende Masse sei ein Gegenstand hineingekommen, der dorthin nicht gehöre, sondern abgesondert zu seiner Befriedigung zu verwenden sei, so finden §§ 115 ZwGes., 876 ff. ZPO. und deren Fristen keine Anwendung. RG. 51 318; vgl. zu § 95 Ziff. 1.

5. Nach rechtskräftig, aus materiell-rechtlichen Gründen erfolgter Zurückweisung einer Widerspruchsklage (§ 878 ZPO.) ist keine weitere, etwa auf besseres Recht oder ungerechtfertigte Bereicherung gestützte Klage mehr zulässig. OLG. 3 335 (Königsberg); vgl. zu § 66 Ziff. 3.

6. Über Bereicherungsklage wegen mitversteigerter fremder beweglicher Sachen s. zu § 55 Ziff. 4.

7. Über Verteilung des vom Ersteher nachzuzahlenden Betrags s. zu § 125.

8. Anfechtung der Teilung eines nichtrichterlichen Versteigerungsbeamten s. zu § 13 EGzZwGes.

9. Der Widerspruch bedarf, sofern nicht Abs. 3 des § 115 in Verbindung mit § 769 ZPO. in Betracht kommt, einer näheren Begründung und Glaubhaftmachung nicht. OLG. 6 98 (KG.).

10. Ein von dem Gläubiger, der die Eigentümergrundschuld für sich hatte pfänden lassen, gegen deren Zuteilung an einen (nach sächs. Rechte) nicht eingetragenen Nießbraucher erhobener Widerspruch gilt nicht ohne ausdrücklichen Zusatz zugleich als Widerspruch des Subhastaten, selbst dann nicht, wenn der genannte Gläubiger Vollmacht des Subhastaten hatte. RG. v. 11. 11. 03.

11. Nach Pr. ZwVollstGes. konnte der nacheingetragene Hypothekgläubiger zwar der Entstehung der ihm vorausgehenden Eigentümerhypothek widersprechen, aber nicht ausschließlich die Legitimation der ihre Befriedigung daraus suchenden Pfändungsgläubiger rc. bekämpfen, weil, wenn diese Legitimation auch fehlte, die Vorhypothek dennoch nicht ihm zukam. RG. JW. 03 113/49.

12. Vorstehendem Grundsatz ist zwar im allgemeinen auch nach neuem Rechte nicht entgegengetreten worden, jedoch kam er dem widersprechenden Gläubiger selbst, der seine eigene Legitimation zur Geltendmachung einer voreingetragenen angeblichen Eigentümerhypothek gegenüber nacheingetragenen Hypothekgläubigern auf Pfändung stützte, nicht zugute. **RG.** v. 17. 10. 03 (nur teilweise abgedruckt in **RG. 55** 378).

13. Die Versäumung der einmonatigen Klagfrist hat für den Widersprechenden zwar zur Folge, daß der Verteilungsplan ohne Rücksicht auf seinen Widerspruch ausgeführt wird, hindert ihn aber nicht an klageweiser Geltendmachung seines besseren Rechtes und der grundlosen Bereicherung dessen, der die bestrittene Auszahlung erlangte. Der Beklagte kann sich dann nicht etwa damit verteidigen, daß er jedenfalls einen persönlichen Anspruch gegen den Subhastaten hatte, also nicht bereichert sei; denn die Bereicherung bemißt sich hier nach dem Verhältnisse der beiderseitigen dinglichen Ansprüche zueinander. **RG.** JW. **04** 72 Nr. 44.

14. Ein Gläubiger, der gegen sein eigenes, seinem Nachliquidat vorgehendes Liquidat, das von Dritten mit Erfolg angegriffen wurde, im Kaufgelderbelegungstermin (formellen) Widerspruch nicht eingelegt hat, wird bei dessen anderweiter Verteilung nicht berücksichtigt. OLG. **6** 441 (Königsberg).

15. Wird von im Range gleichstehenden Hypothekgläubigern Widerspruch gegen dasselbe Liquidat erhoben, aber nur von einem von ihnen verfolgt, so kommt der Widerspruch der nicht rechtzeitig Klagenden bei Zusprechung der ganzen Streitsumme an den Klagenden nicht in Betracht.

So Jaeckel, CBlFrG. **4** 208 gegen OLG. Dresden, CBlFrG. **3** 466.

16. Gegen eine vom Ersteher übernommene Hypothek steht auch dem Subhastaten ein Widerspruchsrecht zu. OLG. **6** 98 (KG.).

17. Kein Beschwerderecht gegen Ausführung des Verteilungsplans für den Gläubiger, der dem Plane nicht widersprochen oder nicht rechtzeitig geklagt hat. OLG. **8** 9 (Königsberg).

18. Über Verfolgung eines im Grundbuch eingetragenen Widerspruchs s. zu § 48 Ziff. 3 III.

**§ 116.** Nach Peiser, Buschs Z. **31** 403, kann auch jeder Miterbe des verstorbenen Erstehers den Antrag auf Aussetzung der Teilungsausführung stellen.

**§ 117.** 1. Reinhard, CBlFrG. 3 148, will streng zwischen Verteilung und Verteilungsausführung unterschieden wissen. Wenn z. B. der Ersteher im Termin erst spätere Zahlung verspreche, dürfe nicht der künftige Hinterlegungsbetrag, sondern nur die Forderung gegen den Ersteher verteilt werden.

2. Eine Pfändung des für den Subhastaten als Eigentümerhypothekar hinterlegten Betrags wird durch Zustellung an die Hinterlegungsstelle (den Staat) wirksam. OLG. **4** 379 (Posen).

3. Über Aufrechnung des Gläubiger-Erstehers s. zu § 91 Ziff. 4.

4. Zur Auszahlung der Verteilungsquote für eine Höchstbetragshypothek (§ 1190 BGB.) soll es im Falle eines eingetretenen Eigentümerwechsels der Einwilligung des Subhastaten bedürfen. So Badstübner, KGBl. **03** 26 contra KG. v. 4. 11. 02.

**§ 118.** 1. S. zu § 117 Ziff. 1 über den nichtzahlenden Ersteher.

2. Gegen eine ihm unberechtigt scheinende Anweisung auf den Erlös kann der Ersteher Beschwerde betr. das Verfahren nach § 793 ZPO. oder Klage betr. den Rechtsanspruch des Angewiesenen nach § 767 ZPO. mit § 115 Abs. 3 ZwVG. erheben. OLG. **2** 238 (Colmar).

3. Über Vollstreckbarkeit der Übertragung, Sicherungshypothek s. auch zu § 132.

**§ 119.** Eine vorgemerkte (sonst unbestrittene?) Hypothek kann mit alleiniger Zustimmung des Subhastaten ausgezahlt werden. OLG. Dresden, CBlFrG. **3** 469; vgl. zu § 48.

**§ 121.** Über Geldanschlag s. zu § 46.

**§ 122.** Hartmann, Grundstücksgesamthypothek 45 f., führt an einem Zahlenbeispiele gegen Schöller aus, daß Abs. 2 auch dann anwendbar sei, wenn die mehreren versteigerten Grundstücke mit einer durch den Zuschlag erloschenen Gesamthypothek belastet waren und der dem Gesamthypothekar zur Verfügung stehende Überschuß des Erlöses bei jedem einzelnen Grundstücke geringer ist als der Betrag der Gesamthypothek.

**§ 125.** 1. Sind nur einige von mehreren mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke in demselben ZwV.Verfahren befangen und auf Gesamtausgebot einem Ersteher zugeschlagen, so ist die Zuzahlungsforderung (§ 50) nur unter der Bedingung zuzuteilen, daß die Gesamthypothek an den sämtlichen versteigerten Grundstücken nach den besonderen Vorschriften über die Gesamthypothek erloschen ist. Hartmann, Grundstücksgesamthypothek 27 f.

2. Günther, R. **02** 357 ff., bespricht die Ersatzzahlungspflicht des Erstehers im Zusammenhang und stellt dabei folgende Sätze auf: a) Die Übertragung der Nachzahlungsforderung gegen den Ersteher ist bei der Verteilung immer — sogar bei Barzahlungserbieten — prinzipaliter, nicht bloß eventuell wie im Falle des § 118 auszusprechen. b) Auf den Streit über die Verteilung dieser Nachzahlungsmasse findet § 115 Anwendung. c) Ist der Wegfall des betr. Rechtes und damit die Nachzahlungspflicht noch ungewiß oder streitig, so erfolgt die Zuteilung nur bedingt und ist erst nach entschiedenem Wegfall unter Anwendbarkeit des § 877 ZPO. ein etwaiger Verteilungsstreit darüber durchzuführen. d) Dem Widerspruche gegen das Bestehen eines im geringsten Gebote berücksichtigten Rechtes ist kein gesetzliches Vorrecht auf die eventuelle Nachzahlungsmasse verliehen. § 877 a. a. O. ist hierbei nicht anwendbar. A. M. Fischer u. Schäfer 431, 432.

3. Über Höchstbetragshypotheken s. zu § 50.

**§ 126.** 1. Peiser, Buschs Z. **31** 398, empfiehlt im Zweifel Hinterlegung und Verweisung auf den Rechtsweg, wenn der den Gläubiger befriedigende Gesamtschuldner den schwierigen Nachweis nach § 426 BGB. zu führen hat.

2. Die „Unbekanntheit" dieses Paragraphen ist auch gegeben, wenn sich im Verteilungstermine nicht mit Sicherheit feststellen läßt, wer als Berechtigter in einen nicht angemeldeten Betrag einer Hypothek, namentlich auch einer Kautionshypothek einzutreten hat. Die Ermittelung darüber, insbesondere, wenn die Kautionshypothek mehrere Eigentümer überdauert hat, muß mit Hilfe des zu bestellenden Vertreters nach §§ 135 ff. stattfinden. Jaeckel, CBlFrG. **4** 206; s. auch zu § 114 Ziff. 3.

**§ 127.** 1. Über Unbrauchbarmachung von Hypothekenbriefen s. zu § 91 Ziff. 1.

2. Bei Gesamthypothek hat nach Hartmann a. a. O. 37 ff. der Versteigerungsrichter in der Regel nur die Veränderungen auf den versteigerten Grundstücken zu berücksichtigen; s. auch zu § 130 Ziff. 2.

**§ 128.** 1. Nach Teilungs-ZwV. ist die Eintragung einer Sicherungshypothek für eine Forderung gegen den Ersteher auf einem Bruchteile des versteigerten Grundstücks unzulässig, auch wenn der Vollstreckungsrichter darum ersucht. Dafür, daß hier eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 1114 BGB. zugelassen sei, fehlt es an jedem Anhalte. KG., CBlFrG. **3** 76.

2. Über Beitreibung solcher Sicherungshypotheken s. zu § 132; vgl. auch zu § 114 Ziff. 5, über Aufrechnung s. zu § 91 Ziff. 11.

3. Der dem Gesamthypothekar gebliebene und der ihm neu zugewiesene Betrag treten zueinander nicht in ein Gesamthypothekverhältnis, ebensowenig die mehreren ihm bei Einzelversteigerungen zugewiesenen Beträge. Hartmann, Grundstücksgesamthypothek 30, 31, 44.

4. Wenn bei ZwV. eines Bruchteils der Miteigentümer Ersteher ist, kann die Sicherungshypothek nicht auf dem versteigerten Bruchteil allein, sondern muß sie auf dem ganzen Grundstück eingetragen werden. OLG. **6** 438 (KG.); vgl. oben Ziff. 1.

**§ 130.** 1. Die zu löschenden Rechte müssen im Ersuchschreiben einzeln aufgeführt werden. LG. Metz, ElsLothrNZ. **21** 342.

2. Es ist nicht Sache des Vollstreckungsrichters, die Löschung der zur Hebung gekommenen Gesamthypothek auf den mithaftenden, nicht mitversteigerten Grundstücken zu betreiben. OLG. **4** 376 (KG.); s. auch zu § 127 Ziff. 2.

3. Bestimmt das Versteigerungsgericht durch besonderen Beschluß, um Löschung welcher Rechte das Grundbuchamt ersucht werden soll, so unterliegt die Entscheidung der sofortigen Beschwerde. OLG. Dresden, SeuffA. **56** Nr. 237.

4. Bei Ersuchen um Eintragung eines Rechtes für mehrere ist die Art deren Gemeinschaft (auch die Art des etwaigen Gesamthänderverhältnisses) gemäß § 48 GO. genau anzugeben, widrigenfalls das Ersuchen abgelehnt werden muß. OLG. **4** 190 (KG.).

5. Nur der Versteigerungsrichter (oder Notar) — nicht der Grundbuchrichter — hat zu prüfen, welche Rechte als erloschen zu löschen sind. Für letzteren ist lediglich das Ersuchschreiben des ersteren maßgebend. OLG. **3** 340 (KG.). Ähnlich PosMschr. **00** 190, ElsLothrNZ. **21** 177.

6. Die Wiedereintragung eines irrtümlich gelöschten Rechtes auf Ersuchen des Vollstreckungsrichters mag in formell zweifelhafter Weise geschehen sein, entspricht sie sachlich dem Rechte, so kann sich der Ersteher mit Erfolg nicht dagegen beschweren. OLG. **3** 339 (Breslau). Jedoch ist solches Ersuchen bei zu befürchtender Verletzung der Rechte Dritter (z. B. wegen Briefhypotheken) abzulehnen und nur Widerspruch gegen Richtigkeit des Grundbuchs einzutragen. OLG. **6** 99, 432 (KG.).

7. Ein übersehenes Löschungsersuchen kann unter Umständen auch noch nach erfolgter Eintragung des neuen Erwerbers nachgeholt werden. ➵ Dem Vollstreckungsgerichte steht das Beschwerderecht gegen das die Löschung ablehnende Grundbuchamt zu. ⇜ LG. Hamburg, HansGerZ. **02** Beibl. 9; vgl. zu § 9 Ziff. 3; s. auch Ziff. 10 unten.

8. Neue Nebenbestimmungen s. zu § 91 Ziff. 3; Ausschluß einer Fläche s. zu § 90 Ziff. 7; Sicherungshypothek bei Teilungsversteigerung s. zu § 128 Ziff. 1; bei außergerichtlicher Verteilung s. zu § 143. Über Ersuchen des Notars s. zu § 13 EGzZwGes.

9. Durch Löschung der Hypothek werden nicht mitversteigerte Zubehörstücke nicht unbedingt frei; s. zu § 20 Ziff. 10.

10. Die Eintragung des Erstehers im Grundbuche muß in Preußen nach der Allg. Verfügung vom 20. 11. 99 § 10 erfolgen und als Eintragungsgrund den Zuschlagsbeschluß (mit Datum), aber nicht das Ersuchen des Vollstreckungsgerichts und die genaue Bezeichnung dieses Gerichts enthalten. Bei Verstößen hat der Vollstreckungsrichter das Beschwerderecht gegen den Grundbuchrichter. OLG. **6** 437 (KG.); s. auch Ziff. 7 oben; dagegen zu § 9 Ziff. 3.

11. Die in der Eintragungsbewilligung des Erstehers nach Abs. 3 liegende Verfügung über das Grundstück darf nicht zum Nachteile der Beteiligten erfolgen und wird erst mit der nachträglichen Erlangung des Verfügungsrechts des Erstehers wirksam. Sie darf erst nach Berichtigung des Grundbuchs und nach

Eintragung der etwaigen Sicherungshypothek vollzogen werden. OLG. 8 10 (BayrOLG.).

12. Die Eintragung des Eigentumswechsels kann nach Landesrecht unter Umständen vom Nachweise der Bezahlung der Immobiliar-Abgabe abhängig sein. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beil. 109.

**§ 132.** 1. Das Vorhandensein des durch Überweisung begründeten Zwangsvollstreckungstitels steht an sich einer besonderer Klagestellung nicht entgegen. Fällt die Forderung des mit Sicherungshypothek versehenen Gläubigers bei der Wiederversteigerung ganz oder teilweise aus, so kann er gegen den früheren Ersteher nicht auf Schadensersatz, sondern, gestützt auf die Überweisung, nur auf Erstattung des Ausfalls klagen. OLG. **2** 332 (Celle). Vgl. für Preuß. ZwG. RG. **46** 304.

2. Über Einwendungen des Erstehers s. zu § 118 Ziff. 2.

**§ 135.** Über Ermittelung bei Höchstbetragshypothek s. zu § 114 Ziff. 3 und § 126 Ziff. 2.

**§ 143.** 1. Krech, R. **02** 527, führt aus, daß das Vollstreckungsgericht bei außergerichtlicher Teilung die Eintragung von Sicherungshypotheken für die Forderungen gegen den Ersteher wegen nicht berichtigten Bargebots von Amts wegen nicht zu veranlassen hat. A. M. Wolff.

2. Über außergerichtliche Teilung in der Zwangsverwaltung s. zu § 160.

---

Vorbemerkung zur Zwangsverwaltung. Die Fragen, ob und wann der ZwVerwalter nach an sich beendigter Verwaltung Geschäfte und Prozesse noch fortführen kann, ferner wie Rangfolge und Verteilung besonders bei Beitritt von Gläubigern und nebenherlaufendem ZwVerst.Verfahren zu ordnen sind, dürften noch weiterer eingehender Erörterungen bedürftig sein.

Allgemeine Literatur: Grützmann, Leitfaden für den Zwangsverwalter, Leipzig 1901. — Heimbergers Aufsatz in der WürttZFrG. **01** 120ff. spricht über das Verhältnis der ZwV. zur Zwangsverwaltung und insbesondere gegen eine Verbindung beider Verfahren. — Peiser, Zwangsverwaltung von Grundstücken, Berlin 1900.

**§ 146.** 1. Die Zulassung der Zwangsverwaltung mit Hinterlegung des Ertrags durch einstweilige Verfügung (in vim securitatis) wurde für statthaft erachtet vom LG. Dresden, Buschs Z. **29** 249; ebenso wegen Hypothekgefährdung gemäß §§ 1134, 1135 BGB. durch OLG. Marienwerder vom 27. 3. 02. Siehe dagegen den Aufsatz von Pusch, Gruchots Beitr. **45** 314, der dem nicht unbedingt beistimmt und zwischen Sequestration und Zwangsverwaltung streng unterschieden wissen will.

2. Der dem Nießbraucher vorgehende Hypothekgläubiger kann ohne vorgängige — übrigens auch unzulässige — Klage gegen den Nießbraucher auf Duldung die Zwangsverwaltung herbeiführen. Ein ablehnender Beschluß des Vollstreckungsgerichts ist mittels Beschwerde anfechtbar. § 737 ZPO. findet nur für den Fall Anwendung, daß Nießbrauch an einem Vermögen vorliegt. LG. I Berlin, KGBl. **02** 18; vgl. daselbst 41 und Jaeckel, ZwGes. 486.

3. Gundlach, DJZ. **02** 505ff., führt folgendes aus: Nießbrauch oder Antichrese hindert die Zwangsverwaltung an sich nicht. Diese kann aber dann nur beschränkte Wirkung üben. Der Zwangsverwalter kann Rechnungslegung vom Antichreta, Sicherheitsleistung vom Nießbraucher verlangen, gegebenenfalls auch unzulässigen Gebrauch des Nießbrauchers bekämpfen und etwaige Ungültigkeit der Antichrese oder des Nießbrauchs aus sich nachträglich herausstellenden Gründen geltend machen. Vgl. zu § 154.

4. Über beschränktes Recht der Hypothekengläubiger auf Gutsfrüchte vor der Beschlagnahme s. SächsAnn. **23** 339.

5. Andere Art der Zwangsverwaltung s. zu § 94 Ziff. 1.

6. Lindemann, R. **03** 204, will eigentliche Zwangsverwaltung im Wege einstweiliger Verfügung nicht zulassen, wohl aber eine Verwaltung für Rechnung des Berechtigten (Eigentümers) nach §§ 1052, 1134 BGB., wobei jedoch das Prozeß- (nicht Vollstreckungs-) Gericht den Verwalter zu ernennen und dessen Befugnisse zu begrenzen hätte. Die Sequestration des § 938 Abs. 2 ZPO. hält er nur auf bewegliche Sachen für anwendbar, allerhöchstenfalls könnte sie nur in Verwahrung des Grundstücks bestehen. Ähnlich Heinze, CBlFrG. **4** 402.

7. Fritze, Gruchots Beitr. **47** 384, untersucht das ZwVerwaltungsrecht der preußischen Landschaften und kommt zu folgendem Schlußsatze: das Privileg der Landschaft, als einer dem Vollstreckungsgerichte gleichstehenden Behörde, die ZwVollstreckung durch die ZwVerwaltung zu betreiben, ist heute beschränkt auf den Fall des § 6 Abs. 4 des Ges. v. 3. 8. 97 betr. die ZwVollstreckung aus Forderungen landschaftlicher (und ritterschaftlicher) Kreditanstalten. Sucker bekämpft diese Ausführungen a. a. O. 825 ff. und spricht den älteren Landschaften ihr Zwangsverwaltungsrecht auch jetzt noch zu; vgl. auch zu § 148 Ziff. 2.

8. Über die Rechtsstellung des Mieters und Pächters zum ZwVerwalter s. Burchard, Buschs Z. **32** 170 ff.; s. auch zu § 152 Ziff. 8.

9. Die Beschlagnahme zum Zwecke der ZwVerwaltung schützt gegen Vorausabtretungen von Mieten nur den Beschlagnahme-, nicht andere Real-Gläubiger. OLG. 8 6 (Hamburg), HansGerZ. **03** Beibl. 251; s. auch zu § 152 Ziff. 2.

**§ 148.** 1. Die Beschlagnahme umfaßt nach §§ 20 Abs. 2, 148 Zubehör — von Erzeugnissen abgesehen — nur insoweit, als sich die Hypothek darauf erstreckt, also nicht Zubehörstücke, die nicht in das Eigentum des Grundeigentümers gelangt sind (§ 1120 BGB.). Der § 55 Abs. 2 findet auf die Zw.-Verwaltung keine Anwendung. OLG. **8** 11 (Marienwerder).

2. Gefällte, aber noch auf dem Grundstücke liegende Waldbäume wurden von der alten preußischen ritterschaftlichen Arrest-ZwVerwaltung erfaßt. RG. v. 13. 1. 04 erklärte diese Entscheidung des KG. v. 28. 4. 03 für irrevisibel. Vgl. zu § 146 Ziff. 7 u. zu § 21 Ziff. 1.

**§ 149.** Nach Abs. 2 kommt es bei Verschulden eines seiner Familienmitglieder auf eigenes Verschulden des Schuldners nicht an. Er verliert auch dann sein Wohnungsrecht. Peiser, Buschs Z. **31** 408.

**§ 150.** 1. Dauer der Tätigkeit des Zwangsverwalters s. zu § 161.

2. Auch der Eigentümer selbst kann zum Zwangsverwalter bestellt werden. OLG. **5** 337 (Hamburg).

3. Bis zur Besitzergreifung des Zwangsverwalters bleibt der Schuldner Besitzer; von da ab ist er im höheren Maße beschränkt als nach der ZwV.-Beschlagnahme (§ 24) Mothes a. a. O. 91; s. zu § 24.

**§ 151.** Solange der Mieter durch das Gericht nicht von Aufhebung der Zwangsverwaltung in Kenntnis gesetzt ist, darf er bei der Mietzahlung den vormaligen Zwangsverwalter noch immer als Empfangsberechtigten ansehen. OLG. **2** 478 (KG.).

**§ 152.** 1. Kempf, Gruchots Beitr. **45** 330 ff., führt aus, daß der Verwalter die Erfüllung der vom Schuldner vor der Beschlagnahme abgeschlossenen, die Verwaltung des Grundstücks betreffenden Rechtsgeschäfte nicht beliebig, sondern nur dann ablehnen darf, wenn die Ablehnung durch die ihm vom Gesetze gestellte Aufgabe erfordert wird; s. unten Ziff. 4.

2. Der Verwalter ist zur Klage gegen unzulässige Verfügungen über den Mietzins, die der Grundstückseigentümer vor der Beschlagnahme vorgenommen hat, befugt. LG. I Berlin, KGBl. **00** 107.

3. Kiehl, BuschZ. **30** 304 ff. nimmt an, daß der Zwangsverwalter zwar nicht Stellvertreter des Grundstückseigentümers sei, daß aber für diesen die von ersterem kraft seiner gesetzlichen Stellung vorgenommenen Rechtsgeschäfte verbindlich seien.

4. Der Zwangsverwalter kann zwar einen vom Schuldner geschlossenen Vertrag über Milchlieferung im ganzen kündigen, aber die vollständige Bezahlung der Milch kann er nicht fordern, wenn den Milchabnehmern vertragsmäßig Abzüge daran gestattet sind. OLG. **5** 337 (Hamburg), HansGerZ. **02** Beibl. 226.

5. Erfolgte im Beschwerdeverfahren die Aufhebung und dann wieder die Neuanordnung der Beschlagnahme, so konnte die in der Zwischenzeit angefallenen Mietzinse der Eigentümer — oder dessen Konkursverwalter — einziehen. Zur Forderung der hierbei vom Konkursverwalter etwa unberechtigt eingezogenen Mietzinse ist der Zwangsverwalter, nicht der erstausfallende Hypothekgläubiger befugt. **RG.** v. 23. 5. 03.

6. Matthiessen, BuschZ. **31** 315, stellt den Satz auf: Der Zwangsverwalter darf auf dem Grundstücke nur ein solches Gewerbe betreiben oder fortsetzen, bei dem die Ausbeutung den alleinigen wesentlichen Inhalt des Gewerbes bildet, also z. B. Landwirtschaft. Dagegen steht ihm z. B. der Betrieb eines Hotels, Sanatoriums u. dergl. nicht zu. (?) Vgl. Peiser, BuschZ. **31** 396 über Fortsetzung eines unfertigen Baues, die der Zwangsverwalter nicht vornehmen soll.

7. Der Zwangsverwalter ist nicht Parteivertreter. Einwendungen aus der Person des betreibenden Gläubigers können ihm nicht entgegengesetzt werden. OLG. Rostock, MecklZ. **21** 51. Vgl. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 19.

8. Burchard, BuschZ. **32** 142 legt dem Zwangsverwalter einem noch nicht innehabenden Mieter gegenüber ähnliche Rechte bei, wie sie der Konkursverwalter nach § 17 KO. hat.

9. Peiser, BuschZ. **31** 407, ist für Fortdauer der Dienstverträge nach eingeleiteter Zwangsverwaltung. Er hält den Zwangsverwalter auch für den berechtigten Vertreter der Polizei gegenüber.

**§ 153.** Der Staat haftet dem Zwangsverwalter nicht für die ihm gebührende Vergütung. LG. Danzig, PosMschr. **00** 153, WürttZFrG. **00** 317. Gleicher Ansicht nach preuß. ZwVGes. OLG. **2** 239 (Breslau), und für den Konkursverwalter **RG. 43** 62.

**§ 154.** 1. Nach preuß. ZwVGes. hat der antichretische Verwalter dem Zwangsverwalter und, wenn dessen Amt erloschen ist, dem Eigentümer Rechnung zu legen, sofern er dies nicht schon dem Zwangsverwalter gegenüber getan hat. **RG.** vom 16. 10. 01; vgl. zu § 146 Ziff. 3.

2. S. auch zu § 161 Ziff. 1c u. d.

**§ 155.** 1. Nach Lafrenz, Gruchots Beitr. **47** 378, sollen Vorschüsse, die der Gläubiger dem Zwangsverwalter gemacht hat und die für den Zweck der Zwangsverwaltung verwendet wurden, im Gegensatze zu unmittelbaren Auslagen des Gläubigers, als reine Verwaltungskosten zu behandeln und keinem Widerspruch unterworfen sein; vgl. auch zu § 109 Ziff. 3.

2. Für unberechtigt fortgeführte Zwangsverwaltung kann der betreibende Gläubiger vom Schuldner höchstens soviel ersetzt verlangen, als dieser selbst für Verwaltung in der betr. Zeit hätte aufwenden müssen. OLG. Marienwerder, SeuffA. **57** Nr. 212.

**§ 156.** Öffentliche Lasten hat der Zwangsverwalter von Amtswegen zu ermitteln, anmeldungsbedürftige Ansprüche dagegen nicht. Öffentliche

Lasten, die gleichzeitig zum Zwangsversteigerungsverfahren angemeldet sind, hat der Zwangsverwalter in seinem Teilungsplane nicht zu berücksichtigen. Lafrenz, Gruchots Beitr. 47 376 ff.

**§ 157.** 1. Der beitretende bessere Gläubiger rangiert nicht gemäß § 11 Abs. 2 hinter dem schlechteren. Alle betreibenden Gläubiger werden zwar hinter sämtlichen laufenden wiederkehrenden Ansprüchen befriedigt, aber für das Verhältnis der mehreren betreibenden Gläubiger untereinander ist ihr nach § 10 Nr. 1—4 zu bestimmender Rang maßgebend. Lafrenz, Gruchots Beitr. 47 376; s. unten Ziff. 3.

2. Ebendaselbst 382 f. ist ausgeführt, daß sich bei gleichzeitig bestehendem ZwV(ersteigerungs)= und ZwVerwaltungsverfahren gleichzeitiger Teilungstermin nicht empfiehlt.

3. Ein sowohl ZwV. als ZwVerwaltung betreibender Hypothekgläubiger kann seine Forderung nach seiner Wahl in jedem Verfahren oder in beiden zugleich geltend machen, solange er nicht befriedigt ist. Das Interesse seiner Nachmänner und das Erlöschen seiner Hypothek durch Zuschlag beschränken ihn in diesem Rechte nicht. Bei der ZwVerwaltung kommen die Gläubiger wegen ihrer Kapitalsforderungen nicht als dinglich berechtigte, sondern nur insoweit in Betracht, als sie betreibende Gläubiger sind. Für das Kapital entscheidet daher nicht die Rangordnung der Hypotheken, sondern die Priorität des Beitritts zur ZwVerwaltung. Der betreibende Gläubiger kann unter Umständen auch seine nach dem Zuschlage weiter laufenden Zinsen aus der ZwVerwaltung beanspruchen. OLG. Hamburg, HansGerZ. 03 Beibl. 66.

**§ 160.** Lafrenz, R. 01 133 ff., führt folgendes aus: In der Zw.=Verwaltung könnte die außergerichtliche Verteilung unter „entsprechender Anwendung" des § 144 etwa nur in der Weise erfolgen, daß der ZwVerwalter selbst ohne Mitwirkung des Gerichts die Reinnutzungen an die Empfangsberechtigten abführt und die Zahlungen dem Gerichte gemäß § 144 nachweist. Nach diesem § 144 würde sich dann auch das weitere gerichtliche Verfahren bestimmen. Dagegen dürfte eine außergerichtliche Teilung durch „den Pächter oder Mieter oder Käufer von Nutzungen" — so Wolff und bedingt Günther — oder durch den Ersteher, wie Jaeckel für allein möglich erachtet, unausführbar sein. Die entsprechende Anwendbarkeit des § 144 überhaupt zu verneinen, wie Reinhard will, würde kaum angehen.

**§ 161.** 1. Lafrenz, R. 02 170 ff., begründet folgende Sätze:

a) Trotz des Zuschlags, der Löschung des Versteigerungsvermerks und der Eintragung des Erstehers als Eigentümers kann wegen Notwendigkeit der Einziehung der vor dem Zuschlag entstandenen Nutzungen die ZwVerwaltung noch fortdauern und hat der Verwaltungsvermerk noch so lange im Grundbuche fortzubestehen, bis Aufhebungsbeschluß in der ZwVerwaltung ergeht; s. dagegen unter Nr. 2.

b) Die laufenden Zinsen der nicht im geringsten Gebote liegenden und daher durch den Zuschlag erloschenen Hypotheken sind — wenigstens bis zum Tage des Zuschlags — noch aus der Verwaltung zu zahlen, wenn in ihr die Verteilung erst nach dem Zuschlag erfolgt, wodurch allerdings (im Hinblick auf §§ 155, 10 Ziff. 1—5) der betreibende Gläubiger geschädigt werden kann (?).

c) Nach Aufhebung der Verwaltung kann der ZwVerwalter nicht mehr gezwungen werden, die ihm nach § 154 obliegende Rechnung bei Gericht einzureichen.

d) Mit dem die Verwaltung aufhebenden Beschluß erlöschen unbeschadet des § 154 Verwaltung, Rechte, Pflichten und Legitimation des ZwVerwalters und er hat dann die in seinen Händen befindlichen Nutzungen herauszugeben.

A. M. Jaeckel, Reinhard, Wolff und teilweise die unter Ziff. 3 aufgeführten Entscheidungen. Lafrenz, R. **03** 15, 363, hält jedoch seine Ansicht aufrecht.

2. Ist in der ZwV. der Zuschlag, wenn auch an den bisherigen Eigentümer selbst erfolgt, ist dabei die Grundschuld des betreibenden Gläubigers ausgefallen, ohne daß dieser einen zweiten (persönlichen) Vollstreckungstitel besitzt, so muß die ZwVerwaltung aufgehoben werden. OLG. **5** 336 (KG.).

3. Der ZwVerwalter muß, wie vom RG. bereits mehrfach entschieden worden ist (vgl. **RG. 24** 306, Gruchots Beitr. **32** 397), für legitimiert erachtet werden, auch nach Aufhebung der ZwVerwaltung einen in Sachen der ZwVerwaltung anhängigen Prozeß fortzuführen. **RG.** JW. **02** 318 Nr. 35.

Ähnlich für sachgemäße weitere Erledigung der Angelegenheiten nach Aufhebung der Verwaltung durch den ZwVerwalter spricht sich aus OLG. Dresden, SächsA. **11** 734. Gegen nachherige Prozeßfortsetzung wider den Verwalter: OLG. Naumburg, NaumbAK. **01** 93. Das RG. hat neuerdings in einem Urteil v. 10. 1. 03 im allgemeinen ein Prozeßführungsrecht des ZwVerwalters nach Verwaltungsaufhebung angenommen, es aber für den Fall ausgeschlossen, daß der bestrittene Hinterlegungsbetrag schon einer bestimmten Person im ZwVersteigerungsverfahren zugewiesen ist; s. **RG. 53** 263.

4. Zu Abs. 3 ist in Buschs Z. **30** 151 ausgeführt, daß Versäumung einer zur Vorschußzahlung gesetzten Frist nicht immer sofortige Aufhebung der ZwVerwaltung zur notwendigen Folge haben müsse (LG. Dresden).

5. Mietzahlung an den ZwVerwalter s. zu § 151.

6. Nur Streitigkeiten, die in der Person des Verwalters selbst entstanden sind, z. B. über Anfechtungsansprüche, Massekosten, soll der Verwalter noch zu Ende führen können, im übrigen soll die Partei selbst an seine Stelle treten. So Bunsen, DJZ. **03** 363.

7. Heinze, R. **03** 177, unterscheidet a) zwischen durch Befriedigung erledigtem, b) ohne solche beendetem Zwangsverwaltungsverfahren; nur zu b will er Prozeßfortsetzung durch den Verwalter zulassen und dies im Aufhebungsbeschluß ausgedrückt wissen.

**§ 162.** 1. Fährt der Schiffer, gegen den der Vollstreckungstitel lautet, das Schiff nicht mehr, so muß zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in das Schiff eine auf den Namen des Reeders gestellte Vollstreckungsklausel (§ 761 Abs. 2 HGB.) beigebracht und die nach § 750 Abs. 2 ZPO. erforderliche Zustellung nachgewiesen werden. LG. Hamburg, HansGerZ. **00** Hptbl. 127.

2. Die Anordnung der ZwVerst. eines Schiffes, mag sie gemäß § 162 oder nach §§ 180, 181 erfolgt sein, ist keine Entscheidung im Sinne des § 793 ZPO., die der sofortigen Beschwerde unterliegt, sondern eine Zwangsvollstreckungsmaßregel, die nur je nach der Art der darin gefundenen Rechtsverletzung nach Maßgabe der §§ 766 oder 767, oder 771 ZPO. angefochten werden kann. Fehlt ein gültiger, den Verkauf des Schiffes anordnender Mehrheitsbeschluß der Reeder, so ist dies Anlaß zu einer Beschwerde nach § 766 a. a. O. OLG. **3** 47 (Stettin); vgl. zu § 15.

3. Die ZwVerst. herrenloser Schiffe kann in Anwendung des § 162 mit Ergänzung durch § 787 ZPO. erfolgen. LG. Hamburg, Buschs Z. **29** 242; s. auch HansGerZ. **00** Hptbl. 232; vgl. zu § 164.

**§ 164.** Zwar spricht eine starke Vermutung dafür, daß der Eigentümer des Schiffes auch dessen Eigenbesitzer ist und macht daher in der Regel das Schiffsregister den Eigenbesitz glaubhaft. Dies ändert sich aber dann, wenn Tatsachen offenkundig sind, die für freiwillige Aufgabe des Eigenbesitzes am (z. B. beschädigten, mit Kosten belasteten) Schiffe sprechen. Die Zwangsvollstreckung kann unter Umständen auch gegen ein derartig derelinquiertes Schiff fortgesetzt

werden, aber nicht mehr in der Richtung gegen dessen früheren Eigentümer. LG. Hamburg, HansGerZ. **00** Hptbl. 229 ff.; s. auch zu § 162 Ziff. 3.

**§ 172.** 1. Unter Bezugnahme auf § 93 ZPO. bespricht Nissen, JW. **02** 440, die Frage der Kosten einer vom Hypothekengläubiger gegen den Konkursverwalter zu erhebenden notwendigen Befriedigungsklage. Er will sie dem ersteren auflegen, wenn der Konkursverwalter eigenen Subhastationsbetrieb verweigert, dagegen dem letzteren, wenn er dem zum Zwecke der Anwendbarkeit des § 174 gestellten Anerkennungsverlangen des Gläubigers nicht stattgibt. Vgl. auch SächsOLG. **22** 373.

2. S. zu §§ 2, 18 über deren entsprechende Anwendung und zu § 115 Ziff. 1 über den Widerspruch des Konkursverwalters gegen Anmeldungen; vgl. auch zu § 17 Ziff. 2 und zu § 27 Ziff. 3.

**§ 174.** S. zu § 172 Ziff. 1.

**§ 175.** 1. Auch der Nachlaßpfleger kann unter Umständen ZwV. beantragen und gegebenenfalls gemeinschaftliches ZwV.-Gericht ernennen lassen. **RG.** vom 15. 3. 01; s. auch zu § 2.

2. Nissen, JW. **02** 441, begründet die Ansicht, daß den Erben, der trotz Ersuchens eines nur dinglich berechtigten Pfandgläubigers die ZwV. nicht betreibt, die Kosten des dann notwendigen Befriedigungsprozesses nach § 93 ZPO. nicht treffen können.

**§ 180.** 1. War zu der Zeit, als ein Miteigentümer die ZwV. zum Zwecke der Auseinandersetzung beantragte, kraft Vertrags die Auflösung der Gemeinschaft noch ausgeschlossen, lief aber die Ausschließungsfrist während des Prozesses über einen deshalb erhobenen Widerspruch ab, so ist dieser abzuweisen und das Verfahren, wenn dadurch das Interesse Dritter nicht verletzt wird, fortzusetzen. **RG.** JW. **00** 752 Nr. 17.

2. Einwendungen gegen Zulässigkeit der Teilung sind mittels Klage nach § 771 ZPO. geltend zu machen. LG. Gießen, HessRspr. **1** 164.

3. Es ist Frage der Auslegung eines zwischen den Teilhabern geschlossenen Erbauseinandersetzungsvertrags, ob die Teilungs-ZwV. vor Überschreibung der Anteile im Grundbuche zulässig war. **RG.** vom 24. 9. 02.

4. Der Anteil einer Ehefrau an einem ihr und dem Ehemanne gemeinschaftlichen Grundstücke gehörte zu ihrem Eingebrachten. Ihr einseitiger Antrag auf Teilungs-ZwV. wurde wegen Nichtanwendbarkeit des § 1407 Ziff. 2 BGB. abgewiesen. LG. Naumburg, CBlFrG. **2** 342.

5. Die Auseinandersetzung über ein auf Grund letztwilliger Verfügung vor 1900 gemeinschaftlich gewordenes und nach Bruchteilen besessenes Einzelgrundstück (im Gegensatze zur Gesamterbschaft) erfolgt gemäß Art. 173 EGzBGB. nach neuem Rechte, also nach §§ 180—184 ZwGes. und zwar auch dann, wenn nach Anordnung des Erblassers die Veräußerung an einen Fremden unstatthaft ist. Selbstverständlich ist auch freiwillige Einigung der Teilhaber mit Auflassung möglich. Unzulässig dagegen ist an sich ein Verfahren nach §§ 86—98 FrGG. ohne Auflassung. **RG.** vom 24. 9. 02, im Auszug in JW. **02** Beil. 268.

6. Über entsprechende Anwendung von § 2 s. dort. Über Teilungsversteigerung von Schiffen s. zu § 162 Ziff. 2, Sicherungshypothek zu § 128 Ziff. 1.

7. Das Gericht hat die ZwV. abzulehnen, wenn ihr ein Beteiligter widerspricht und das Bestehen einer Gemeinschaft nicht als ausreichend dargetan erscheint. OLG. Stuttgart, WürttJ. **14** 173.

8. Eine Klage auf Einwilligung in die Aufhebung einer Gemeinschaft durch ZwV. ist zulässig. OLG. Stuttgart, WürttJ. **14** 321.

9. Soweit in diesem Verfahren Beschwerde überhaupt zulässig, muß es sofortige Beschwerde sein. OLG. Stuttgart, WürttJ. **14** 175.

10. Das RG. hat zu einem Falle preußischen älteren Rechtes entschieden, daß die teilungshalber betriebene ZwV. nicht als freiwillige Versteigerung gelten könne und daß dabei Mängelgewährleistung in der Regel ausgeschlossen sei. **RG.** vom 6. 6. 03.

11. Eccius, Gruchots Beitr. **47** 632, unterscheidet und bespricht: a) das höchstens durch besondere Widerspruchsgründe beschränkte, auf § 753 BGB. beruhende Auseinandersetzungsrecht des Teilhabers nach Bruchteilen; b) das ähnliche Recht des zur gesamten Hand beteiligten Miterben nach §§ 2043, 2045 BGB.; c) die übrigen Gesamteigentumsverhältnisse (Handelsgesellschaft, Gesellschaften des bürgerlichen Rechtes, eheliche oder fortgesetzte Gütergemeinschaft), bei denen für ihre Dauer vernunftgemäß die Teilungsversteigerung überhaupt ausgeschlossen sein muß.

12. Für Beiziehung des Ehemanns zur Teilungs-ZwV., woran seine Frau beteiligt, insbesondere zum Verteilungstermine spricht sich aus Strube, Bad. Rpr. **03** 240.

13. Parzellen, z. B. unabgeteilte Hofräume, sollen nach Peiser, Buschs Z. **31** 405 erst nach Abschreibung vom bisherigen Grundbuchblatt und Eintragung als selbständige Grundstücke zur Teilungs-ZwV. gebracht werden können.

**§ 181.** 1. Zur Stellung des Antrags auf Teilung-ZwV. bedarf der Inhaber der väterlichen Gewalt nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. LG. Danzig, PosMschr. **02** 121.

2. Die von einem Miterben betriebene Teilungs-ZwV. ist in der Regel auf Antrag des Testamentsvollstreckers einzustellen. LG. Tilsit, PosMschr. **02** 149.

**§ 182.** 1. Über Abs. 1, die Feststellung des geringsten Gebots bei der Teilungs-ZwV. betreffend, bestehen erhebliche Meinungsverschiedenheiten, die nach Langheineken, SächsA. **12** 265 ff., im allgemeinen etwa, wie folgt, zusammengestellt werden können:

a) Meinung 1. Günther, Komm., Wolff, Komm., Pohlmann, Gruchots Beitr. **45** 333 erkennen eine Rangbeziehung zwischen Rechten an, die nicht auf demselben Anteile ruhen, und lassen für sie die äußere Reihenfolge entscheiden, wollen also alle Rechte berücksichtigt wissen, die zur Zeit, wo die letzte Eintragung auf dem Anteile des Antragstellers erfolgte, zur Entstehung gelangt waren.

b) Meinung 2. Freund in seiner Schrift: „Die ZwV. zwecks Aufhebung der Gemeinschaft", Breslau 01, Reinhard, Komm. und jetzt auch Jaeckel, Gruchots Beitr. **45** 577 beziehen die Worte „vorgehen oder gleichstehen" auf ein Rangverhältnis gemäß § 879 BGB. in dem Sinne, daß ein solches an sich nur zwischen den Rechten desselben Anteils statthaben kann und nur jene Rechte auf fremden Anteilen zu berücksichtigen sind, die einem den Anteil des betreibenden Teilhabers korrealiter mitbelastenden Rechte vorgehen oder gleichstehen.

Dieser Meinung, der sich Langheineken selbst anschließt, tritt später auch Kretschmar, SächsA. **12** 672 ff. bei. Vgl. auch Meyn, SächsA. **13** 605 f.

c) Meinung 3. Jacobi, JW. **02** 4 ff., läßt zwar auch nicht die äußere zeitliche Reihenfolge der Eintragungen, sondern das Rangverhältnis nach § 879 BGB. ausschlaggebend sein, geht aber doch von dem sich der Ansicht a nähernden Leitsatz aus, daß „es eine Priorität auch in der Rechtsdisposition von Miteigentümern gibt", und will daher besondere Ausgleichungsbeträge berechnet wissen.

Von den vorgenannten Schriftstellern werden meist Zahlenbeispiele gegeben.

2. Auch darüber, wie sich das geringste Gebot bei Beitritt eines weiteren Teilhabers zur Teilungs-ZwV. gestaltet, gehen die Ansichten weit auseinander; sie werden von Langheineken a. a. O. in folgenden 2 Hauptgruppen untergebracht, deren Vertreter jedoch in Einzelheiten zum Teil auch unter sich abweichen.

a) Die Mehrzahl der Schriftsteller, nämlich: Freund in seiner bezeichneten Schrift, Jacobi, JW. **02** 6, Stiff, R. **01** 402, Reinhard daselbst 526 und bedingt auch Kienitz, R. **02** 173, lassen in entsprechender Anwendung des § 44 Abs. 2 den kleinsten der sich nach den mehreren Anträgen ergebenden Beträge für das geringste Gebot maßgebend sein. Langheineken selbst ist der nämlichen Meinung und Kretschmar, SächsA. **12** 672, teilt sie ebenfalls. Letztgenannter fügt den Satz bei, daß, wenn sich 2 oder mehr kleinste Beträge ergeben, die Rechte bestehen bleiben, die auch nur nach einem der betr. Beträge Ansprüche auf Berücksichtigung haben.

b) Günther, R. **02** 88, Jaeckel in seinem Kommentar und R. **01** 486 und Wolff in seinem Kommentar nehmen an, daß das geringste Gebot infolge einer Anschließung nur höher, nicht niedriger werden könne, indem sie die entsprechende Anwendbarkeit des § 44 Abs. 2 verneinen. Jaeckel und Günther verkennen nicht, daß bei Anwendung ihrer Rechtsansicht die Teilungs-ZwV. durch übermäßige Belastung des Anteils des Beitretenden vereitelt werden kann.

---

# Einführungsgesetz zu dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung

vom 24. März 1897.

**§ 1.** 1. Über Einführung vor Grundbuchanlegung s. zu § 57 Ziff. 3 ZwVGes.

2. Über die neuen Bestimmungen des ZwVGes. für Bayern s. Ofenstätter, BayrNotZtg. **02** 43 ff.

**§ 2.** Über Mietrechte in der Übergangszeit s. zu § 57 ZwVGes.

**§ 9.** 1. Das Fortbestehen des Altenteils ist die gesetzliche Versteigerungsbedingung, sein Erlöschen die Abweichung. Daher im Zweifel auf Antrag doppeltes Ausbieten mit und ohne Altenteil, wenn Zuschlag nicht anfechtbar werden soll. LG. Danzig, PosMschr. **01** 33.

2. In einem verwickelten Falle wurde der Zuschlag aufgehoben, weil dem § 880 Abs. 5 BGB. und einem eingetragenen Widerspruche zuwider die Versteigerungsbedingung gesetzt war, daß ein zwar mit Vorrang vor dem Altenteil ausgestatteter, aber den betreibenden Gläubigern und dem erwähnten Widerspruche (gegen den Altenteil) nachgehender Hypothekgläubiger bei Ausgebot mit Altenteil mitgedeckt werden solle. OLG. 2 509 (Königsberg). Über sog. Zwischenrechte s. auch zu § 44 Ziff. 5 ZwVGes. und über Altenteil zu §§ 66 Ziff. 1, 46, 51 das.

3. Peiser, Buschs Z. **31** 401, spricht dem, der nicht zum Antrag auf eine das Erlöschen des Altenteils festsetzende Versteigerungsbedingung berechtigt ist, auch eine erfolgreiche Beschwerde gegen den Zuschlagsbeschluß ab.

**§ 13.** 1. Betzinger, R. **01** 610, führt aus: Wegen Anrufung des Gerichts darf der Fortgang eines Versteigerungs- oder eines Verteilungstermins nicht schlechthin ausgesetzt werden, sondern der betr. Termin ist bis zur Entscheidung über den Zuschlag oder bis zur Ausführung des Teilungsplans (jeweils ausschließlich dieser Akte) durchzuführen.

2. Der Notar ist für Ersuchen nach § 130 ZwVGes. an das Grundbuchamt nicht gebührenpflichtig. Gegen Belastung mit Gebühren hat er ein Beschwerderecht. OLG. Colmar, EBlFrG. **2** 483.

**§ 15.** 1. Ein Grundstück war nach preuß. ZwVGes. von 1883 am 28. 12. 99 zugeschlagen worden. Über die Frage, ob und wieweit eine darauf eingetragen gewesene, angeblich nicht ausgefüllte Hypothek zu einer rechtsbeständigen geworden ist, mußte schon deshalb und ganz abgesehen von der allgemeinen Bestimmung des § 15 EGzZwVGes. nach altem Rechte entschieden werden, weil durch den Zuschlag die Hypothek gemäß § 22 preuß. ZwVGes. von 1883 vor Inkrafttreten des neuen Rechtes erloschen war. **RG.** vom 1. 3. 02; s. auch zu § 23 ZwVGes. Ziff. 4; vgl. auch JW. **02** 122.

2. Über Einfluß der ZwV. auf Mietverhältnisse s. zu § 57 ZwVGes.

---

# Grundbuchordnung.

Vorbemerkungen: Die Berichterstattung über das in der GBO. enthaltene sogen. formelle Grundbuchrecht hat damit zu rechnen, daß es sich um ein Gesetz handelt, das (nach der Denkschr. z. GBO. 15) der gleichmäßigen Durchführung der Vorschriften des BGB. über das materielle Liegenschaftsrecht zu dienen bestimmt ist. Daraus erklärt es sich, daß viele Bestimmungen der GBO. bereits im Zusammenhange mit dem Sachenrechte des BGB. behandelt worden sind, worauf dann hier lediglich zu verweisen ist, und daß an erster Stelle die Rechtsprechung berufen war, die verschiedensten Fragen der praktischen Anwendung des formellen Grundbuchrechts zu beantworten, hierdurch zugleich den Ausgangspunkt zahlreicher teils zustimmender, teils widersprechender Äußerungen bildend. Zu grundlegenden Erörterungen allgemeiner Art hat namentlich die Auslegung der §§ 13, 19 der GBO. Anlaß gegeben, so über die Bedeutung des Antragsrechts in Grundbuchsachen, das Wesen der Eintragungsbewilligung, die Ablehnung der dem Rechtsprinzipe der Zulassung „bloß bestimmter Typen dinglicher Rechte" widersprechenden Eintragungen und über den Umfang der Prüfungspflicht des Grundbuchrichters. Hervorzuheben sind ferner die Rechtsauffassungen über das Antragsrecht der Notare (§ 15), die Voraussetzungen der Berichtigung des Grundbuchs (§§ 22, 54), die Art und Form der für das Grundbuch bestimmten Erklärungen und Nachweise (§§ 29, 33—39), die an die Auslegung der §§ 40, 41 sich knüpfenden Zweifelsfragen und das Beschwerderecht in Grundbuchsachen (§§ 71 ff.). In umfassender Weise sind auch die zur Ausführung der GBO. erlassenen landesrechtlichen Verordnungen und Ausführungsbestimmungen (vgl. zu §§ 93—97) in den Kreis der Erörterung gezogen worden.

Literatur: Außer den bereits im JDR. **1** 526, 697, 706, **2** 529 genannten Einzelschriften, Lehrbüchern und Kommentaren sind noch folgende hervorzuheben: Altvater, Das Grundbuchrecht, MecklZ. **16** 75. — Breit, Übersicht über die Abhandlungen zivilistischen Inhalts aus den Fachzeitschriften des Jahres 1902, SächsA. **13** 720. — Brückner, Zusammenstellung von wichtigen Rechtssätzen auf dem Gebiete der freiw. Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts und den im RJA. zusammengestellten Entscheidungen, MecklZ. **20** 73, 361. — Grützmann, Vorträge, Das Grundbuch usw., SächsA. 8 143, 193. — Henle, Die Anlegung des Grundbuchs in den Landesteilen rechts des Rheins. (2) 1902. — Köllner, Die Rechtsprechung in grundbuchrechtlichen Fragen unter neuem Rechte, **1**, 2. — Ders., Der Übergang des preußischen Praktikers in das deutsche Grundbuchrecht (3) 1902. — Kretzschmar, Bericht über die Rechtsprechung des OLG. Dresden mit Besprechungen für die Praxis,

CBlFrG. 2 627, 3 165, 429. — Mendelssohn-Bartholdy, Gesamtbericht über die Literatur des deutschen Zivilprozeß- und Konkursrechts und der freiw. Gerichtsbarkeit (für die Jahre 1902 u. 1903), Buschs Z. 32 495, 33 163. — Möller, Die Abweichungen des neuen deutschen Grundbuchrechts von dem preußischen Grundbuchrecht aus dem Jahre 1872, DJZ. 00 37. — Mügel, DJZ. 98 440, 459. — Oberneck, Bericht über die Rechtsprechung in Grundbuchsachen, DNotVZ. 2 161, 541, 3 201, 281. — Schröder, Grundbuchentscheidungen 1, 2. — Strecker, Die Ergebnisse der Rechtslehre zum Liegenschaftsrechte, bearbeitet auf Grund der Zeitschriftenaufsätze der Jahre 1900—1903, R. 04 240, 268, 302.

## Erster Abschnitt.

## Allgemeine Vorschriften.

**§ 2.** 1. Die GBO. steht auf dem Standpunkte der bezirksweisen Führung der Grundbuchblätter; von dem Vorbehalte des § 85 hat Preußen keinen Gebrauch gemacht. Grundbücher der Ritter- und Freigüter sind nicht mehr anzulegen. OLG. 2 38 (KG.).

2. Es bedarf nicht der Auflassung eines Grundstücks, das versehentlich in das Titelblatt (Grundstücksverzeichnis) eines anderen aufgenommen und nicht im Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs erworben ist; es genügt die Abschreibung zugunsten des wirklichen Eigentümers. KGJ. 22 A 143. Vgl. auch JDR. 2 Ziff. 1 u. 2 zu § 892 und Ziff. 1 zu § 894 BGB. (Doppelbuchungen und Parzellenverwechselung).

**§ 3.** Kretzschmar, SächsA. 10 16: Aus der Vorschrift des Satz 2, wonach das Grundbuchblatt, d. i. das ganze Blatt für das Grundstück als das Grundbuch im Sinne des BGB. anzusehen ist, folgt, daß für ein Recht die sämtlichen Eintragungen, auch wenn sie in einer anderen als in der ihnen nach den Ausführungsvorschriften zugewiesenen Abteilung Aufnahme gefunden haben, maßgebend sind.

**§ 4.** 1. Die Zusammenschreibung mehrerer Grundstücke auf ein gemeinschaftliches Blatt unterliegt dem Ermessen des Grundbuchamts und ist daher keine der Beschwerde unzugängliche Eintragung, vielmehr kann im Beschwerdewege geltend gemacht werden, daß statt der Zusammenschreibung eine Zuschreibung des einen Grundstücks als Bestandteil des anderen (GBO. § 5) habe erfolgen müssen. KGJ. 23 A 221, OLG. 5 188. Vgl. Ziff. 3a zu § 71.

2. Gegen die Zulässigkeit der Vereinigung von Grundstücken und ideellen Grundstücksanteilen auf demselben Grundbuchblatt haben sich ausgesprochen: Predari 49 Anm. 3, Fuchs-Arnheim 65 Anm. 2a Abs. 2 a. E. Ebenso Turnau-Förster II XXXII unter Anerkennung der ihrer bisherigen Ansicht entgegenstehenden Bedenken und neuerdings (am 16. 5. 04) das KG., pr. JMBl. 04 292 und KGJ. 28 A 68.

**§ 5.** 1. Der § 5 leidet zwar in Anlehnung an § 890 Abs. 1 und 2 BGB. sowohl auf die Vereinigung, als auf die Zuschreibung von Grundstücken Anwendung, aber weder der einen noch der anderen Maßregel steht der Umstand, daß die Grundstücke verschieden belastet sind oder in verschiedenen Feldmarken liegen, entgegen. LG. Leipzig, SächsA. 10 378; OLG. 8 300 (KG.); LG. I Berlin, KGBl. 14 23 unter Hinweis darauf, daß andernfalls Grundstücke, auf denen verschiedene und voneinander unabhängige Hypotheken eingetragen sind, überhaupt nicht zusammengeschrieben werden könnten.

Elfner, BadRpr. 4 14 erachtet sowohl nach Reichsrecht als auch nach badischem Landesrechte die Vereinigung eines pfandfreien mit einem pfandbelasteten Grundstücke für zulässig.

2. Eine Verwirrung ist nicht schlechthin zu besorgen, wenn aus gleichlautenden Eintragungen Renten von verschiedenem Betrage geschuldet werden, da die Rentenbeträge im Grundbuche nicht einzutragen sind. OLG. 6 259 (KG.).

3. Kretzschmar, Einf. I 19, SächsA. **10** 12, empfiehlt, einem auf § 5 gegründeten Antrage nur stattzugeben, wenn den Grundstücken lediglich solche Rechte anhaften, aus denen keine Zwangsvollstreckung zu befürchten ist, und legt an einzelnen Beispielen die andernfalls sich ergebenden Schwierigkeiten dar.

4. Der auf § 5 gestützte Antrag des Eigentümers bedarf der Form des § 29, da er eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung enthält, darauf gerichtet, daß die Grundstücke fortan nur noch als ein einheitliches Ganzes in Betracht kommen. Hanfft, DJZ. **03** 474. Ebenso: Achilles-Strecker 158, Predari 64, Willenbücher 7. A. M. Förster, Form. Grundbuchrecht 10, Melchior 9.

**§ 6.** 1. Satz 1 findet nicht nur Anwendung, wenn es sich um eine neue Belastung eines Grundstücksteils, sondern auch, wenn es sich um dessen Entpfändung wegen eines auf dem ganzen Grundstücke haftenden Rechtes handelt, da andernfalls die Übersichtlichkeit des Grundbuchs, welcher die Vorschrift des § 6 zu dienen bestimmt ist, leiden würde. KGJ. **21** A 112, RJA. **1** 208, OLG. **2** 226, SeuffA. **56** 383, Predari 72.

Dasselbe gilt von der Eintragung eines auf ein Teilstück beschränkten Löschungsvermerkes. Huther, MecklZ. **21** 71.

2. Kretzschmar, Einf. I 9, SächsA. **10** 7, empfiehlt auch im Falle des Satz 2, wenn das Grundstück bereits mit einem Rechte, das zur Zwangsversteigerung führen kann, belastet ist, die Abschreibung des Grundstücksteils, da sonst zu besorgen ist, daß bei der ZwV. zur Ermittelung des auf die Sonderbelastung entfallenden Kaufgeldanteils eine umständliche Feststellung im Verteilungsverfahren erforderlich wird, insbesondere eine Feststellung des Verhältnisses, in dem der Wert des besonders belasteten Grundstücksteils zu demjenigen des übrigen Teiles des Grundstücks steht.

3. Kretzschmar, Einf. I 10, SächsA. **11** 6: Im Falle der Veräußerung eines Grundstücksteils ist dieser oder das Restgrundstück von dem Grundbuchblatt abzuschreiben, da die GBO. (abgesehen von den im § 87 vorgesehenen Ausnahmen) ein gemeinschaftliches Blatt nur für mehrere Grundstücke desselben Eigentümers zuläßt.

4. Eine der „Ordnungsvorschrift" des § 6 zuwider auf einem nicht abgeschriebenen Grundstücksteil eingetragene Hypothek ist nicht nichtig, weil nach dem BGB. der einzelne Flächenteil als ein nicht wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (§ 93) selbständiger Belastung fähig ist. Die unterlassene Abschreibung ist aber unbedenklich von Amts wegen nachzuholen. Kretzschmar, Einf. I 8, SächsA. **10** 5.

5. a) Es ist rechtlich unbedenklich, eine Grunddienstbarkeit zu bestellen, deren Ausübung sich auf einen Teil des zu belastenden Grundstücks beschränkt, und dabei doch das ganze Grundstück als das belastete zu bezeichnen, ohne daß es der Abschreibung des von der Dienstbarkeit betroffenen Grundstücksteils bedarf. OLG. **8** 130 (KG.).

b) Die Bestimmung eines Rezesses, daß eine Wegegerechtigkeit nur auf einer bestimmten Fahrbahn ausgeübt werden darf, braucht nicht die Belastung eines Grundstücksteils im Sinne des § 6 zu enthalten, sondern kann als rechtsgeschäftliche Bestimmung desjenigen Grundstücksteils, auf den sich die Ausübung der Dienstbarkeit beschränken soll, aufgefaßt werden. OLG. **8** 301 (KG.).

c) Wird ein Vorkaufsrecht an einem Grundstück in der Weise bestellt, daß dessen Ausübung auf bestimmte Grundstücksteile beschränkt ist, so liegt eine Belastung nur des Grundstücksteils nicht vor und steht daher der § 6 der Eintragung der Belastung nicht entgegen. Der Grundstückseigentümer wird dadurch nicht gehindert, die von der Ausübung des Vorkaufsrechts nicht betroffenen

Grundstücksteile ohne Zustimmung des Berechtigten abzutrennen. KGJ. **22** D 25, OLG. **4** 76 (Dresden), RJA. 2 104, SächsOLG. **23** 66.

6. Die Belastung eines Grundstücksteils ist während schwebender Separation bis zur Berichtigung des Steuerbuchs und des Grundbuchs ausgeschlossen, da für den das Abfindungsstück repräsentierenden Bruchteil kein besonderes Blatt eröffnet und ebensowenig das Stück selbst wegen der nicht zu beschaffenden katastermäßigen Unterlage abgeschrieben werden kann (§§ 1, 2 des preuß. Ges. vom 26. 6. 75). KGJ. **23** A 141, OLG. **4** 314.

7. Über die Frage, ob der Anspruch auf Auflassung oder Belastung eines Grundstücksteils ohne dessen zuvorige Abschreibung vorgemerkt werden kann, JDR. **1** Ziff. 2 zu § 883 BGB. und Reichel, Iherings J. **46** 73 und 89 Anm. 3 und 1.

**§ 7.** Kretzschmar, CBlFrG. **3** 441, 445 u. Einf. I 14: Auf dem Blatte des „Oberflächengrundstücks" ist nur die Belastung des Grundstücks mit dem Erbbaurechte, sowie die etwaige Änderung des Inhalts und die Aufhebung des Rechtes einzutragen. Sonstige Rechtsänderungen, die bei dem Rechte eintreten, wie seine Veräußerung und seine Belastung müssen auf einem für das Erbbaurecht bestimmten Blatte eingetragen werden. Die Löschung des Rechtes hat auf dem Blatte des belasteten Grundstücks zu erfolgen; mit dieser Löschung hört das Erbbaurecht auf, zu bestehen. Eine Löschung auf dem für das Recht etwa angelegten besonderen Blatte ist nicht erforderlich, vielmehr kann auf dem besonderen Blatte nur das erfolgte Erlöschen des Rechtes vermerkt und damit das Blatt geschlossen werden. Das besondere Blatt dient nur dazu, Veräußerungen und Belastungen des Rechtes kundbar zu machen, nicht aber solche Eintragungen, welche das Verhältnis zwischen dem Rechte und dem damit belasteten Grundstücke betreffen. A. M. Fuchs 271, dessen Ansicht Kretzschmar bekämpft. Vgl. JDR. **1** Ziff. 3 zu BGB. § 1015.

**§ 8.** Ladenburger, CBlFrG. **2** 510, hält es für unzulässig und unzweckmäßig, auf dem Grundbuchblatte des belasteten Grundstücks ersichtlich zu machen, daß der im § 8 vorgesehene Vermerk auf dem Blatte des herrschenden Grundstücks eingetragen sei. Eine solche Verweisung ist nur im § 7 Abs. 2 (bei Anlegung eines besonderen Grundbuchblatts für ein Erbbaurecht) vorgesehen und auch nicht im Hinblick auf § 21 geboten, da das Grundbuchamt vor jeder Eintragung bezüglich eines subjektiv-dinglichen Rechtes das Blatt des herrschenden Grundstücks einsehen muß, um dessen Eigentümer, dessen Zustimmung jedenfalls nachgewiesen sein muß, festzustellen.

Aus der Praxis.

a) Der Vermerk des Rechtes auf dem Blatte des berechtigten Grundstücks hat keine rechtsbegründende Kraft, setzt vielmehr ein anderswo eingetragenes Recht voraus und gibt nur Kunde von der Eintragung des Rechtes auf dem belasteten Grundstücke. Das Recht kann daher auch auf dem Grundbuchblatte des berechtigten nur vermerkt werden, nachdem die entsprechende Last auf dem Blatte des anderen Grundstücks eingetragen ist. KGJ. **25** A 142, OLG. **5** 424 (KG.).

b) Die Aufhebung einer Grunddienstbarkeit erfolgt grundbuchmäßig lediglich durch Löschung auf dem Blatte des belasteten Grundstücks und, sofern sie auch auf dem Blatte des herrschenden Grundstücks im Bestandsverzeichnisse vermerkt war, durch eine entsprechende Berichtigung dieses Vermerks, nicht aber durch eine Neueintragung auf dem Blatte des bisher herrschenden Grundstücks. Deshalb ist auch die vertragsmäßige Ablösung einer nach der revidierten schlesischen Bergordnung vom 5. Juni 1769 zugunsten

des Grundstücks bestandenen Freikuxberechtigung als Neubelastung des Grundstücks nicht eintragungsfähig. KGJ. 23 A 226.

c) Eine mit einem Grundstücke verbundene Apothekengerechtigkeit kann auf dessen Grundbuchblatt eingetragen werden. PosMschr. 03 56 (KG.). Vgl. Predari 82 Anm. 2, Achilles-Strecker 165 Anm. 2.

**§ 9.** Zur näheren Bezeichnung einer Wegegerechtigkeit kann auf eine Karte Bezug genommen werden, welche zur Eintragung vorzulegen und in Preußen nach § 35 der Allg. Verf. vom 20. 11. 99 bei den Grundakten aufzubewahren ist. OLG. 8 301 (KG.).

**§ 11.** 1. Die Notare haben in Preußen zur Erlangung der Einsicht des Grundbuchs ein berechtigtes Interesse und zwar in der Person ihres zu benennenden Auftraggebers darzutun, dagegen sind sie zum Nachweise der Auftragserteilung nicht verpflichtet (GBO. §§ 93, 94; Allg. Verf. vom 20. 11. 99, § 32 Abs. 1, § 36). KGJ. 22 A 290, KGBl. 12 A 90, Pr. JMBl. 01 216.

2. Ein „berechtigtes" Interesse kann auch aus dem Vorhandensein bloß persönlicher Ansprüche gegen den Grundstückseigentümer, z. B. der Einräumung eines Personalkredits, hergeleitet werden. Es genügt die „Darlegung" eines berechtigten Interesses, eine Glaubhaftmachung wird vom Gesetze nicht gefordert. Die Einsicht des Grundbuchs ist aber zu versagen, sobald sich ergibt, daß der Antragsteller nur aus Neugier oder zu unbefugten Zwecken die Vermögensverhältnisse des Grundstückseigentümers ermitteln will. KGJ. 20 A 173, OLG. 1 180, RJA. 1 74, SeuffA. 56 166, SächsA. 11 109.

3. Die Ausübung des Rechtes auf Einsicht des Grundbuchs und der Grundakten durch einen Vertreter ist statthaft. Für das Recht ist grundsätzlich das berechtigte Interesse des Vertretenen entscheidend. Ein Grund für die Zurückweisung des Vertreters kann aus dessen Person nur dann entnommen werden, wenn der im Einzelfalle näher zu rechtfertigende Verdacht besteht, daß der Vertreter nicht das fremde berechtigte, sondern das eigene unberechtigte Interesse oder das Interesse Dritter wahrnehmen werde. KGJ. 22 A 122, 290, OLG. 3 302 (KG.).

4. Predari 92: Das ein Recht auf Bucheinsicht begründende Interesse kann auch auf wirtschaftlichem oder wissenschaftlichem Gebiete liegen, da ein „berechtigtes" Interesse genügt. Dagegen Meyer, CBlFrG. 1 871, der nur ein im Rechtsverkehre begründetes Interesse anerkennt, aber dem Staate das Recht einräumt, aus politischen Gründen seine Urkundensammlung auch anderen offenzulegen.

5. a) Die Grundbuchämter sind nicht verpflichtet, Auskünfte aus dem Grundbuch (oder den Grundakten) oder den nach § 55 Beteiligten Zeugnisse über den Inhalt der Grundakten zu erteilen. Die Vorschriften des Art. 31 Pr. FrGG. und der §§ 2 und 194 des FrGG. finden auf Grundbuchsachen keine Anwendung. KGJ. 21 A 273, OLG. 2 225, RJA. 1 210; SächsA. 12 247 (LG. Dresden).

b) Eine Verpflichtung des Grundbuchamts, an Behörden über den Inhalt des Grundbuchs und der Grundakten Auskunft zu erteilen, läßt sich aus der Grundbuchgesetzgebung des Deutschen Reiches und Preußens nicht herleiten. Deshalb kann eine solche Verpflichtung auch nicht im Rechtsmittelwege nach den §§ 71 ff. der GBO. verfolgt werden. Dagegen ist sie nach dem öffentlichen Rechte Preußens (vgl. § 38 der Verordg. vom 2. 1. 49) grundsätzlich nicht zu verneinen. Doch unterliegt die Feststellung der Verpflichtung nach Grund und Umfang im Beschwerdefalle lediglich der Entscheidung der vorgesetzten Dienstbehörden. KGJ. 23 A 213, JMBl. 02 82. Wird von einer öffentlichen Behörde die Erteilung auszugsweiser Abschriften (vgl. § 33 der

Allgem. Verf. vom 20. 11. 99) über bestimmt bezeichnete Eintragungen beantragt und das Nichtvorhandensein solcher Eintragungen festgestellt, so hat der Grundbuchrichter dem Antragsteller hierüber Mitteilung zu machen. KGJ. 23 A 217, OLG. 4 325.

**§ 12.** 1. Oberneck, Gruchots Beitr. 43 477, erörtert, wie die Haftung des Staates rechtlich zu konstruieren sei, und entscheidet sich für eine Sondernachfolge des Staates in die Schuld des Beamten. Turnau-Förster II 80 machen hiergegen geltend, daß die Haftung des Staates in demselben Augenblick entstehe, in dem die Haftung des Beamten den Beteiligten gegenüber begründet sein würde. Die Berechtigung des Staates zur Erhebung der dem Beamten zustehenden Einreden ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetze.

2. Als „Beteiligte", denen gegenüber der Staat verantwortlich ist, sieht Oberneck, Gruchots Beitr. 43 469, diejenigen Personen an, welche die Tätigkeit des Grundbuchbeamten nach Maßgabe der Vorschriften über dessen Amtspflichten in Bewegung gesetzt haben. Turnau-Förster II 74 rechnen hierzu alle Personen, die durch eine pflichtwidrige Tätigkeit oder Unterlassung des Grundbuchbeamten unmittelbar einen Vermögensschaden erleiden.

3. Streitig ist, ob zu den Grundbuchbeamten im Sinne des § 12 auch die Beschwerdegerichte zu rechnen sind. Die Frage wird bejaht von Dernburg III 103, Oberneck 103 und Predari 97, sowie von Brettner, R. 02 430, welcher ausführt: Der Beschwerderichter ist ebenfalls nur Grundbuchrichter und daher nur dem Staate gegenüber verantwortlich. Ist ein Mitglied überstimmt worden, so hat es diese Tatsache durch Einrede geltend zu machen und zu beweisen. Es wird gut tun, seinen Widerspruch aktenkundig zu machen, doch ist die Überreichung eines mit Gründen versehenen Gegenvotums nicht mehr Voraussetzung der Einrede, obwohl in Preußen der § 144 II. 10 ALR. nicht ausdrücklich aufgehoben worden ist. Turnau-Förster II 74 nehmen an, daß die Beschwerdegerichte unter der strengeren Vorschrift des § 839 Abs. 1 BGB. stehen.

4. Streitig ist ferner, ob der Grundbuchrichter (oder das Beschwerdegericht) nur eine verwaltende oder auch eine urteilende Tätigkeit ausübt. Dernburg III 102 unterscheidet von der verwaltenden die urteilende Tätigkeit des Grundbuchrichters und bringt auf letztere den § 839 BGB. zur Anwendung. Förster, Form. Grundbuchr. 18, 19, erachtet die Tätigkeit des Grundbuchrichters für eine verwaltende, die des Beschwerdegerichts für eine rechtsprechende und folgert hieraus, daß eine Haftung des Staates wegen Verschuldungen des Beschwerdegerichts gemäß § 839 Abs. 2 BGB. nur in den Fällen vorsätzlicher Rechtsbeugung eintrete. Gegen Försters Ansicht erhebt Böthke, Gruchots Beitr. 45 184, Bedenken und gegen Dernburg führt Brettner, R. 02 430 unter Berufung auf Delius, Haftpflicht der Beamten 60, aus, daß ein Urteil im Sinne der Prozeßgesetze bei der Amtsausübung des Grundbuchrichters weder formell noch materiell vorkomme. Gleicher Ansicht sind Turnau-Förster II 75. Meyer, CBlFrG. 1 872 stellt die Entscheidungen des Rechtsmittelrichters den Urteilen gleich und erörtert ferner, ob nicht auch die Aufsichtsbehörden zu den Grundbuchbeamten im Sinne des § 12 zu rechnen sein möchten, wenn sie es an der erforderlichen Sorgfalt bei Besetzung der Grundbuchämter haben fehlen lassen.

5. Oberneck, Gruchots Beitr. 43 469 stellt folgenden Rechtsfall zur Entscheidung. Der Grundstückseigentümer hat sich einem Hypothekengläubiger gegenüber verpflichtet, eine vorstehende Hypothek löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Demnächst tritt dieser Fall ein und der Eigentümer beantragt die Löschung. Der Grundbuchrichter übersieht aber diesen Antrag, die Löschung unterbleibt und hinterher verfügt der Eigentümer über die

Hypothek, indem er sie an einen gutgläubigen Dritten abtritt. Oberneck versagt bei diesem Beispiele dem geschädigten Hypothekengläubiger den Anspruch gegen den Staat, weil er durch die Verletzung der Amtspflicht des Grundbuchbeamten nicht unmittelbar geschädigt sei. Turnau-Förster II 77 stimmen zwar nicht der Begründung, aber dem Ergebnisse der Entscheidung zu, indem sie eine Haftung des Staates nur für den Fall annehmen, daß dem Grundbuchbeamten bei seiner Unterlassung urkundlich nachgewiesen gewesen sei, daß der Eigentümer sich dem nachfolgenden Hypothekengläubiger gegenüber zur Löschung verpflichtet habe.

## Zweiter Abschnitt.

## Eintragungen in das Grundbuch.

### Zu §§ 13 ff.

1. Kretzschmar, SächsA. **10** 18 und Einf. I 14, unterscheidet endgültige und vorläufige Eintragungen und teilt erstere in rechtsbegründende (konstitutive) und lediglich beurkundende (deklarative). Rechtsbegründend sind die Eintragungen, sofern sie bei einer auf Rechtsgeschäft beruhenden Änderung in den auf das Grundstück bezüglichen Rechtsverhältnissen erforderlich sind, um in Verbindung mit den sonstigen Voraussetzungen des materiellen Rechtes (BGB. §§ 873—882) die den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsänderung herbeizuführen. Hierher gehört die Eintragung des neuen Eigentümers auf Grund einer Auflassung, die Verlautbarung einer bestellten Hypothek, die Umschreibung einer abgetretenen Buchhypothek, die Löschung einer vom Berechtigten aufgegebenen Reallast. In diesen Fällen ist die Eintragung eine der notwendigen Voraussetzungen für den Eintritt der Rechtsänderung. Im Gegensatze hierzu wird durch eine nur beurkundende Eintragung lediglich der bereits bestehende Rechtszustand im Grundbuche kundbar gemacht, das Grundbuch berichtigt. Hierher gehört die Eintragung des Erben und des außerhalb des Buches erfolgten Überganges der Hypothek auf den Eigentümer. Die vorläufigen Eintragungen sind die Vormerkung und der Widerspruch, und zwar sichert die Vormerkung eine rechtsbegründende, der Widerspruch aber eine rechtsbeurkundende endgültige Eintragung mit dinglicher Wirkung. Oberneck, Gruchots Beitr. **43** 690, zählt unter den vorläufigen Eintragungen auch die Veräußerungsverbote und Verfügungsbeschränkungen auf.

2. Nach Oberneck, Gruchots Beitr. **43** 690, wird die Tätigkeit des Grundbuchamts von dem Legalitätsprinzip in Verbindung mit dem Konsens- und Antragsprinzipe beherrscht. Das Legalitätsprinzip hat die Bedeutung, daß nichts in das Grundbuch eingetragen werden darf, bevor nicht durch eine amtliche Prüfung festgestellt ist, daß die Voraussetzungen gegeben sind, von denen das Gesetz die Eintragungen abhängig macht. Hierbei handelt es sich einmal um die Prüfung der Eintragungsfähigkeit überhaupt, sodann um Feststellung der allgemeinen Bedingungen eines jeden Rechtsgeschäfts, insbesondere die Prüfung des Verfügungsrechts sowie der Form und des Inhalts der getroffenen Verfügung selbst. Dem Konsensprinzipe liegt der Grundsatz zugrunde, daß jedes Rechtsgeschäft, welches zu seiner Vollendung der Eintragung in das Grundbuch bedarf, nur in Ansehung des dinglichen Rechtsvorganges dem Grundbuchamte offengelegt werden muß. Doch bedarf es des Nachweises der dinglichen Einigung nur ausnahmsweise bei der Eigentumsübertragung, der Begründung und Übertragung eines Erbbaurechts (sog. materielles Konsensprinzip oder Prinzip des dinglichen Vertrags). Im übrigen steht das Prüfungsrecht des Grundbuchamts unter der Herrschaft des sog. formellen Konsensprinzips, d. h. es ist von der Bestimmung abhängig, daß eine Eintragung zu

erfolgen hat, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird, und daß sie daher nicht vorgenommen werden darf, wenn sie nicht von demjenigen bewilligt ist, dem sie zum Nachteile gereichen würde; ersteres ist die positive, letzteres die negative Seite des Prinzips. Das Antragsprinzip macht die Eintragungen in das Grundbuch von dem Willen der Beteiligten abhängig, so daß ohne ihr eigenes Betreiben das Grundbuchamt eine Einschreibung nicht vornehmen darf und von Amtswegen die Parteiinteressen bezüglich grundbuchmäßiger Eintragungen nicht zu wahren hat.

3. Aus dem Legalitätsprinzipe folgt, daß nur solche dinglichen Rechte eintragungsfähig sind, deren Eintragung das Gesetz vorsieht. Die Zahl der dinglichen Rechte ist eine geschlossene, es gehören dazu: das Eigentum, das Erbbaurecht, die Dienstbarkeiten, das Vorkaufsrecht, die Hypothek, Grund- und Rentenschuld und das Pfandrecht. Ausgeschlossen von der Eintragung sind dagegen der Besitz und persönliche Ansprüche, wie das Mietrecht, das Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Ehemanns und der Eltern oder Rechte, welche das BGB. als dingliche nicht anerkennt, wie die Antichrese. Nur soweit das Gesetz ausdrücklich Ausnahmen vorsieht, wie z. B. die Eintragung einer Vormerkung aus § 883 BGB., hat die Eintragung solcher Rechte zu erfolgen. Oberneck, Gruchots Beitr. **43** 692, 153.

4. In Übereinstimmung hiermit werden für unzulässig erachtet:

A. Eintragungen, die nicht erforderlich sind und das Grundbuch nur unnütz belasten. Hierher rechnen:

a) das der Gemeinde nach § 11 des preuß. Fluchtliniengesetzes vom 2. Juli 1875 zustehende Recht auf Entziehung bestimmter Grundflächen. KGJ. **20** A 199; **21** A 165; **25** A 148. Vgl. JDR. **2** Ziff. 3a zu § 1018 BGB.;

b) die Kosten der Eintragung einer Zwangshypothek, da für diese das Grundstück zwar nicht auf Grund des § 788 ZPO. haftet — die Eintragung stellt sich nicht als „Beitreibung" dar —, wohl aber auf Grund des § 867 Abs. 1 Satz 3 der ZPO. als Nebenforderung. OLG. **3** 441 (Karlsruhe). Vgl. JDR. **1** Ziff. 3 zu § 867 ZPO.;

c) die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung, da für diese das Grundstück kraft Gesetzes haftet (BGB. § 1118). OLG. **1** 201 (KG.), KGJ. **20** A 203. Vgl. JDR. **1** Ziff. 6 zu § 1118 BGB.;

d) die Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten. Die §§ 5, 19 Abs. 2 des ZwVerstGes. setzen voraus, daß die Bestellung des Zustellungsbevollmächtigten nicht im Grundbuch eingetragen ist. OLG. **2** 196 (Colmar). Vgl. JDR. **1** Ziff. 2e zu § 1115 BGB.;

e) die Bestimmung, daß dem Gläubiger für seine jeweiligen Ansprüche der Vorrang vor dem Teile der Hypothek, der aus irgendeinem Grunde dem Eigentümer, dem Schuldner, dem Bürgen (BGB. § 774) oder einem anderen zufällt, zustehen soll, da bei der Zerlegung der Hypothek gesetzlich feststeht, daß der dem Gläubiger verbleibenden Teilhypothek der Vorrang vor dem ohne seine Einwilligung in dritte Hand gelangenden Teile zusteht (BGB. § 1176). KGJ. **21** A 165, OLG. **2** 46 (KG.); OLG. **1** 167 (Hamburg); SächsOLG. **21** 303;

f) die Bestimmung, wonach dem Gläubiger im Falle der (freiwilligen) Abtretung eines Hypothekenteils dem ihm verbleibenden Reste der Vorrang vorbehalten werde, da hierin nur eine Kundbarmachung für künftige Erwerber der Hypothek, nicht aber eine zulässige Ausgestaltung des dinglichen Rechtes oder eine Verfügungsbeschränkung enthalten ist. OLG. **2** 46 (KG.);

g) die aus dem gesetzlichen Güterrechte hervorgehende Beschränkung der Ehefrau, und deren vertragsmäßige oder anderweitige Aufhebung

(z. B. daß die Verwaltung und Nutznießung des Mannes durch Ehevertrag ausgeschlossen ist. Nach § 1435 BGB. ist ausschließlich das Güterrechtsregister bestimmt und geeignet, über den Umfang des Verfügungsrechts der Frau Auskunft zu geben. OLG. 5 190 (KG.), RJA. 3 161. Ebenso Kretzschmar, SächsA. 10 781 gegen Männer 35; Planck III 68;

h) die Überweisung einer Hypothek zur Einziehung, da diese weder eine Änderung in der Person des Gläubigers herbeiführt, noch ein dingliches Recht an der Forderung begründet, daher neben der Eintragung der Pfändung überflüssig ist. BadRpr. 4 146 (Karlsruhe); CBlFrG. 4 34 (LG. Colmar);

i) die Bestimmung, daß es zur Löschung eines Wohnungsrechts der Einwilligung der Rechtsnachfolger des Berechtigten nicht bedarf, da Rückstände ausgeschlossen sind (§ 23). ElsLothrNotZ. 03 369 (LG. Mülhausen).

B. Eintragungen von Rechten, die das BGB. als dingliche nicht anerkennt. Hierher rechnen:

a) das Nießbrauchsrecht, wenn es mit den charakteristischen Merkmalen der Antichrese ausgestattet ist, insbes. wenn es bis zur vollständigen Schuldentilgung, ohne Rücksicht auf die Lebensdauer des Berechtigten, bestehen soll. OLG. 6 266 (KG.);

b) ein Wohnungsrecht, für das die Regeln von der Miete gelten sollen (BGB. § 1093). KGJ. 24 A 121, OLG. 4 481 (KG.). Vgl. JDR. 2 Ziff. 6 zu § 1093 BGB.;

c) die einer Person eingeräumte ausschließliche, vererbliche und veräußerliche Befugnis, das Grundstück zur Gewinnung von nicht verleihbaren Mineralien zu benutzen, da auch landesrechtlich (EG. Artt. 67, 68) die Zulässigkeit der Eintragung nicht zu begründen ist. OLG. 2 120 (KG.); vgl. JDR. 1 Ziff. 1 zu Art. 67 EGzBGB. u. Ziff. 9d zu § 1018 BGB.;

d) Eintragungen auf dem Grundbuchblatt eines Kirchhofs, daß die Evangelischen bestimmter Gemeinden nutzungsberechtigt und unterhaltungspflichtig sind. OLG. 8 123 (KG.);

e) Eintragungen des Inhalts, daß die auf einem Grundstücke befindlichen Gas- und Wasserleitungsanlagen so lange Eigentum eines Dritten bleiben, bis der Preis für die Anlagen bezahlt ist, und daß solange der Dritte das Recht der Wegnahme habe. Entweder sind die Anlagen wesentliche Bestandteile, dann können sie nicht Gegenstand besonderen Eigentums sein (BGB. § 93), oder sie sind Zubehör, dann sind sie bewegliche Sachen, deren Rechtsverhältnisse im Grundbuche nicht eintragungsfähig sind. Strübe, BadRpr. 03 25;

f) die Eintragung der einer Stadtgemeinde gewährten Berechtigung, Gebäude, die in das Straßenland hineinragen, bei der Freilegung einer Straße des Bebauungsplans zu beseitigen, da es sich um eine einmalige Handlung, nicht um eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit handelt. KGJ. 26 A 274, OLG. 9 307.

g) die im § 4 des preuß. Rentengutsgesetzes vom 27. 6. 90 vorausgesetzten Vereinbarungen. JDR. 2 Ziff. 3c zu § 1105 BGB.

C. Insbesondere Eintragungen, bei denen es sich um persönliche Ansprüche handelt:

a) Das persönliche Mietrecht. RG. 54 233, JW. 03 Beil. 70, und das persönliche Recht des vorbehaltenen Wiederkaufs (§§ 497 ff. BGB.), OLG. 2 489 (KG.).

b) Der Verzicht auf das gesetzliche Vorkaufsrecht bei einem Grundstücke, von dem ein Teil infolge des verliehenen Enteignungsrechts an den Unternehmer abgetreten, aber noch nicht abgeschrieben ist. KGJ. 25 A 145, OLG. 5 423 (KG.); vgl. JDR. 2 Ziff. 7 zu § 1018 BGB.

c) Der Verzicht auf den einen bestimmten Betrag übersteigenden Teil der Entschädigung, welcher gemäß den §§ 13, 14 des preuß. Fluchtliniengesetzes von der Gemeinde an den Eigentümer zu gewähren ist. KGJ. 21 A 310, 25 A 147, OLG. 6 263 (KG.); vgl. JDR. 2 Ziff. 3a zu § 1018 BGB.

d) Der Verzicht des Eigentümers auf Ersatz des Schadens, der ihm durch die Anlage und den Betrieb einer bei seinem Grundstücke vorbeiführenden Eisenbahn erwachsen möchte. KGJ. 21 A 310; 25 A 148; OLG. 4 68 (KG.) gegen KGJ. 3 133; vgl. 17 500.

e) Die Entsagung auf künftige Bergschadensvergütung und die Verpflichtung, im Interesse des Bergbaues für die zeitweise Räumung und Absperrung des Grundstücks zu sorgen und der bergpolizeilichen Aufsichtsbehörde gegenüber auf Sicherheitsmaßregeln zu verzichten, da es sich hierbei nur um die Beseitigung der obligatorischen Folgen der Ausübung eines dinglichen Rechtes handelt. OLG. 3 96 (KG.).

f) Der Verzicht des Eigentümers eines bisher freikuxberechtigten Grundstücks auf die Ansprüche aus dem Grundkuxe. OLG. 4 305 (KG.). Vgl. JDR. 1 Ziff. 7 zu § 1018 BGB.

g) Der Verzicht auf Schadensersatzansprüche wegen der auf einem Grundstücke vorgenommenen Kanalisierungsarbeiten, da es sich um obligatorische Ansprüche handelt, welche allerdings auf der Grundlage des Eigentums erwachsen. OLG. 3 291 (KG.); vgl. JDR. 1 Ziff. 9a zu § 1018 BGB.

h) Im Falle des einem Grundstückseigentümer zustehenden Rechtes auf Benutzung eines benachbarten Chausseegrabens die vertragsmäßige Beschränkung dieses Rechtes dahin, daß er nur die in einer Schlammgrube abgeklärten Abwässer in den Chausseegraben leiten darf und zu diesem Zwecke eine gehörig rein zu haltende Schlammgrube auf dem Grundstück anzulegen hat. OLG. 3 292 (Kiel). Vgl. JDR. 1 Ziff. 6 zu § 1018 BGB.

i) Die Verpflichtung, auf dem Grundstück außer echt bairischem Biere nur ein in einer bestimmten Brauerei hergestelltes Bier auszuschänken, da es sich nicht um eine Handlung im Sinne des § 1018 BGB. handelt, welche eine Einwirkung auf das Grundstück in sich schließt, sondern um eine Beschränkung des Verfügungsrechts des Grundstückseigentümers. Eintragungsfähig wäre die Verpflichtung nur, wenn, je nachdem die eine oder andere Gattung Bier ausgeschänkt wird, eine verschiedene Art der Benutzung des Grundstücks in Frage kommen würde. OLG. 5 154 (KG.), RJA. 3 148, KGJ. 24 A 241; vgl. JDR. 1 Ziff. 3 zu § 1019 und 2 Ziff. 4 zu § 1018 BGB. (Ausschließung eines Konkurrenzbetriebs).

k) Die Vorausbestimmung des Preises beim Vorkaufsrecht. OLG. 4 69 (Dresden). Vgl. JDR. 1 Ziff. 1 zu § 1098 BGB.

l) Der Verzicht auf das nach § 57 Abs. 3 des preuß. EnteignGes. zulässige gesetzliche Vorkaufsrecht. CBlFrG. 2 488 (LG. Thorn).

m) Die Verpflichtung des Eigentümers, an Stelle der Vormerkung keine endgültige Hypothek zu bewilligen oder der Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine endgültige nicht zuzustimmen. OLG. 6 123 (KG).

D. Sonstige unzulässige Eintragungen:

a) Forst- oder baupolizeiliche Beschränkungen. OLG. 6 490 (KG.).

b) In Preußen gemäß Art. 11 AG. z. GBO. alle öffentlichen Lasten, nicht nur die an den Staat zu entrichtenden öffentlichen Abgaben und Leistungen, sondern auch die Gemeindelasten. Dies gilt namentlich von den ortsstatutarischen, den Straßenanliegern der Gemeinde gegenüber auferlegten Verpflichtungen, zu den Kosten der Herstellung der Straße beizutragen (§ 15 des

Fluchtlinien-Ges.). Diese Lasten verlieren nicht dadurch ihren öffentlich-rechtlichen Charakter, daß der Eigentümer sie durch Vertrag übernimmt. OLG. 1 203 (KG.).

c) Eintragungen auf den Namen eines nicht rechtsfähigen Vereins, zulässig nur auf den Namen sämtlicher einzelnen Mitglieder, doch mit dem Zusatze, daß das Recht diesen Personen als Mitgliedern des nichtrechtsfähigen Vereins zusteht. Staudinger, DJZ. 00 377.

d) Die Übernahme von Veräußerungsbeschränkungen, z. B. ein Grundstück bis zu einem bestimmten Zeitpunkte nicht zu veräußern oder zu belasten, da eine solche Eintragung gegen § 137 BGB. verstößt. KGJ. 21 A 133; OLG. 2 226 (KG.); vgl. JDR. 1 Ziff. 13 zu § 892 BGB.

Dem § 137 BGB. widerspricht auch die Bestimmung, daß ein Grundstück bis zu einem bestimmten Termine nur an den Pächter verkauft werden darf, und die Eintragung einer Verpflichtung des Eigentümers, an Stelle einer Vormerkung keine endgültige Hypothek zu bewilligen oder der Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine endgültige nicht zuzustimmen. Dagegen kann der Anspruch des Pächters auf vertragsmäßige Übertragung des Eigentums durch Auflassung vorgemerkt werden. OLG. 6 122 (KG.); JDR. 2 Ziff. 8 zu § 883 BGB. Vorgemerkt werden kann auch die Verpflichtung eines Hypothekengläubigers zur Entpfändung eines Grundstücksteils, da nicht die Unterlassung, sondern die Vornahme einer bestimmten Handlung in Frage steht (BGB. § 883). OLG. 4 23 (KG.); KGJ. 23 A 152; vgl. JDR. 1 Ziff. 9 zu § 883 BGB.

e) Die Eintragung Nichtrechtsfähiger, insbes. Verstorbener, da der Inhalt des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage in Einklang zu bringen ist. KGJ. 25 A 116; RJA. 3 199; CBlFrG. 3 682; R. 03 149.

Die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit eines eingetragenen Berechtigten kann, da es sich nur um eine individuelle Verfügungsbeschränkung handelt, in das Grundbuch eingetragen werden, doch braucht der Grundbuchrichter einem darauf gerichteten Antrage nur stattzugeben, wenn die Einrichtung der Bücher nach den Anordnungen der Justizverwaltung dies vorsieht. OLG. Hamburg, CBlFrG. 1 395.

f) Vgl. noch JDR. 1 Ziff. 2b, 3b und 2 Ziff. 4 und 3 zu § 1115 BGB. (Firma eines Einzelkaufmanns, Goldklausel); JDR. 1 Ziff. 5 zu § 1018 BGB. (Grunddienstbarkeit am eigenen Grundstücke); JDR. 1 Ziff. 3 zu § 984 BGB. (Schatz); JDR. 2 Ziff. 3b zu § 1105 BGB. (Reallasten, die dem Verbote des preußischen Gesetzes vom 2. März 1850 widersprechen).

5 Aus dem Legalitätsprinzipe folgt ferner die Pflicht des Grundbuchamts, zu prüfen, ob den Beteiligten die Verfügungsbefugnis über das einzutragende Recht zusteht. Oberneck, Gruchots Beitr. 43 695. Dagegen ist die Rechtswirksamkeit des Kausalgeschäfts nicht nachzuprüfen. OLG. 8 303 (KG.); Lenel, DJZ. 00 288.

Consbruch, R. 01 551, bekämpft die Ansicht Endemanns III Note 13 zu § 55, welcher die Verpflichtung des Grundbuchrichters zur Prüfung der Legitimation und des Verfügungsrechts des Antragstellers verneint. Der Grundbuchrichter hat nicht nur die Identität, sondern auch die Geschäftsfähigkeit und Legitimation der Beteiligten festzustellen.

Aus der Praxis.

a) Zu den allgemeinen Voraussetzungen für die Eintragung auf Grund rechtsgeschäftlicher Bewilligung gehört die Prüfung der Verfügungsbefugnis des Verfügenden. Ergeben sich hiergegen weder aus dem Grundbuche noch aus den zur Eintragung erforderlichen Urkunden Bedenken, so ist der Grundbuchrichter zu weiteren Ermittelungen nicht verpflichtet. Dagegen ist ihm nicht versagt, falls ihm solche Bedenken auf Grund anderweit vorliegenden Materials er-

wachsen, insbes. wenn der Inhalt der Grundakten dies ergibt, sie zu berücksichtigen. KGJ. 20 A 282, RJA. 1 162, OLG. 1 416, vgl. 6 285 (Hamm), 8 305 (Colmar). Aber es steht nichts im Wege, daß er auch sonstige Tatsachen, welche in beglaubigter Form im Rahmen seiner dienstlichen Tätigkeit, wenn auch nicht gerade in seinen Funktionen als Grundbuchrichter zu seiner Kenntnis gelangt sind, berücksichtigt. Auch nach Entgegennahme der Auflassung kann die Eintragung des Eigentumsüberganges versagt werden, wenn Umstände, welche vor der Auflassung lagen, erst nachher zur Kenntnis des Grundbuchrichters gekommen sind. KGJ. 25 A 117, OLG. 5 294, RJA. 3 151, OLG. 6 197, R. 02 557.

b) Hat der in der allgemeinen GG. (oder Fahrnisgemeinschaft) des BGB. lebende Ehemann allein die Umschreibung einer zum Gesamtgute gehörigen Hypothek bewilligt, so ist dem Grundbuchrichter unbenommen, bei der Prüfung der Vertretungsmacht des Ehemanns zu dieser Verfügung den Nachweis zu fordern, daß die Abtretung und Umschreibung nicht zum Zwecke der Erfüllung eines ohne Zustimmung der Ehefrau erteilten Schenkungsversprechens diene, oder daß die Ehefrau in die Umschreibungsbewilligung eingewilligt habe (§§ 1549, 1443—1446 BGB.). KGJ. 23 A 130; RJA. 2 248; ThürBl. 49 174; OLG. 3 388.

c) Eine allgemeine tatsächliche Vermutung spricht weder für die uneingeschränkte elterliche Gewalt der Mutter noch für die Bestellung eines Beistandes, vielmehr muß nach Lage des einzelnen Falles entschieden werden, ob Grund zu der Annahme besteht, daß ein Beistand bestellt ist oder nicht. Hiernach ist der Grundbuchrichter nicht ermächtigt, in jedem Falle den urkundlichen Nachweis zu fordern, daß ein Beistand nicht bestellt ist. OLG. 5 5 (KG.), R. 02 325.

v. Kujawa, Gruchots Beitr. 45 497, hält den Grundbuchrichter in allen Fällen für berechtigt, den Nachweis zu verlangen, daß die Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt nicht durch Bestellung eines Beistandes beschränkt sei, da für die Unbeschränktheit der elterlichen Gewalt keine Vermutung spreche.

Der Nachweis ist nicht erforderlich, soweit die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vorgeschrieben ist. Consbruch, R. 01 552. Vgl. JDR. 1 Ziff. 6 zu § 1687 BGB.

d) Hat der Erblasser angeordnet, daß der Testamentsvollstrecker zu bestimmten Rechtsgeschäften der Genehmigung des Nachlaßgerichts bedarf, so ist zwar eine Mitwirkung des Nachlaßgerichts durch Erteilung oder Versagung der Genehmigung unzulässig, die Anordnung hat aber die Wirkung, daß insoweit das selbständige Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers ausgeschlossen sein soll. OLG. 7 360 (KG.).

6. Umfang der Prüfungspflicht des Grundbuchrichters.

a) Dem Grundbuchrichter sind die Unterlagen zu den gestellten Anträgen grundsätzlich beizubringen. Auf beantragte Beweiserhebungen braucht er sich nicht einzulassen, insbes. Anträge auf Zeugenvernehmungen nicht zu berücksichtigen. Der § 12 FrGG. findet auf den Grundbuchverkehr auch nicht analog Anwendung. Alle Voraussetzungen der Eintragung, auch die der Geschäftsfähigkeit des Bewilligenden, sind gemäß § 29 nachzuweisen. Hierbei genügt der Nachweis derjenigen Tatsachen, welche der Regel nach geeignet sind, zu dem Schlusse zu führen, daß die begehrte Eintragung begründet ist. Die Abwesenheit besonderer Tatsachen, welche, wenn sie vorhanden wären, die dem nachgewiesenen Tatbestande an sich zukommende Bedeutung ausschließen würden, braucht nicht nachgewiesen zu werden. Schweitzer, Eintragungsbewilligung 4. KGJ. 20 A 277; OLG. 1 382, 27 A 130; R. 03 151 (München); Kretzschmar, SächsA. 11 53.

b) Vermutungen, die widerlegbar sind, können nicht zur Grundlage einer Eintragung gemacht werden. KGJ. 20 A 308. Deshalb kann auch, wenn

es darauf ankommt, der Nachweis verlangt werden, daß ein Beteiligter sich nicht wiederverheiratet hat, obwohl im Prozesse der Grundsatz gelten würde, daß Veränderungen nicht vermutet werden. KGJ. **25** A 311, RJA. **3** 202, OLG. **6** 102; **8** 304. Rechte Dritter, deren Vorhandensein nur vermutet werden kann, sind nicht zu schützen. Möglichkeiten und Vermutungen kommen nicht in Betracht. OLG. **6** 197 (KG.); ElsLothrNotZ. **04** 187 (LG. Colmar).

c) Die bloße Möglichkeit der Kraftloserklärung einer Vollmachtsurkunde hat der Grundbuchrichter nicht in Betracht zu ziehen. Eccius, Gruchots Beitr. **45** 498 gegen v. Kujawa, ebenda 493.

d) Der Grundbuchrichter hat das an ihn gebrachte Urkundenmaterial unter Berücksichtigung der gesetzlichen Auslegungsregeln positiv zu würdigen und entstehende Zweifel in der einen oder anderen Weise zu lösen, nicht aber sich der Mitwirkung mit Rücksicht auf die Schwierigkeit der Entscheidung zu enthalten. OLG. **5** 190 (KG).

Es kann ihm jedoch nicht zugemutet werden, im Wege der Auslegung einer unklaren oder unbestimmten Erklärung den Willen der Beteiligten festzustellen. Deshalb darf er die Eintragung der Abtretung einer verzinslichen Hypothek ablehnen, wenn in der Abtretungsurkunde eine Angabe darüber fehlt, ob und seit wann auch die Zinsen der Hypothek abgetreten sind. KGBl. **14** 87 (KG.); **RG.** CBlFrG. **4** 25.

e) Der Grundbuchrichter ist nicht berechtigt, die Eintragung eines Rechtes davon abhängig zu machen, daß der Erwerber Auskunft erteilt, ob er in Gütergemeinschaft lebt. Er hat dem Antrage, den Käufer als Eigentümer einzutragen, stattzugeben, selbst wenn feststeht, daß der Erwerb Bestandteil des Gesamtguts ist. ElsLothrJZ. **27** 388 (LG. Straßburg), HessRspr. **3** 45 (LG. Mainz), R. **04** 18 (München). A. M. ElsLothrJZ. **27** 153 (Colmar); BadRpr. **03** 324; CBlFrG. **4** 507 (Karlsruhe); R. **04** 82 (München).

f) Das Grundbuchamt hat nicht nachzuforschen, ob die bei der Hypothekbestellung als Gläubiger angegebene Person tatsächlich oder rechtlich existiert. Es genügt, wenn als Gläubiger eine Person bezeichnet ist. Zu beanstanden ist aber, wenn ein Gläubiger, der keine natürliche Person ist, in einer Weise bezeichnet ist, die es zweifelhaft oder ungewiß läßt, ob er Rechtsfähigkeit besitzt. Die Rechtsfähigkeit ist wenigstens zu behaupten. OLG. **5** 7 (KG.), SeuffA. **57** 224.

g) Das Grundbuchamt ist nicht berechtigt, beantragte Eintragungen deshalb zu beanstanden, weil die Beteiligten voraussetzlich die Tragweite ihrer Erklärungen nicht vorausgesehen haben. SächsA. **12** 244 (LG. Dresden).

h) Der Grundbuchrichter kann bei Prüfung der Veräußerungsberechtigung eines ausländischen Ehegatten den Nachweis des ausländischen Rechtes verlangen. ElsLothrJZ. **29** 79 (LG. Saargemünd). Dagegen fordert das KG. (OLG. **8** 222; RJA. **4** 122), daß der Grundbuchrichter den Nachweis der Formrichtigkeit einer ausländischen Beurkundung sich selbst zu beschaffen habe.

**§ 13.** 1. Der Eintragungsantrag ist das an das Gericht gerichtete Ersuchen, in Grundbuchsachen tätig zu sein. Ist die sachliche Grundlage für die beantragte und in das Buch aufzunehmende Rechtsveränderung in der gesetzlichen Form nachgewiesen (§ 29), so bedarf der Eintragungsantrag grundsätzlich keiner besonderen Form. Dies gilt namentlich, wenn der Erbe des Hypothekengläubigers durch Vorlegung eines Erbscheins seine Erbberechtigung nachweist und beantragt, den Übergang der Hypothek im Grundbuche zu vermerken. Es handelt sich in diesem Falle nicht um eine Eintragung, durch welche die Rechtsänderung erst bewirkt werden soll, sondern um eine Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 BGB., § 14 GBO. OLG. **3** 227 (KG.). Auch für reine Eintragungsanträge

auf Anlegung eines Grundbuchblatts ist keine besondere Form vorgeschrieben. OLG. 7 193.

2. Der Antrag der Beteiligten ist für das Maß der Tätigkeit des Grundbuchrichters bestimmend und daher, sofern er nicht auf Unzulässiges oder mit den Zwecken der Grundbucheinrichtung Unvereinbares geht, vollständig zu erledigen. Deshalb darf der Antrag einer Kreditanstalt, deren Satzungen gemäß § 1115 BGB. bekannt gemacht worden sind, in dem Eintragungsvermerk über eine Darlehnshypothek die Satzung nach dem Datum und die außer den Zinsen zu entrichtenden Nebenleistungen nach den Paragraphen der Satzung zu bezeichnen, nicht abgelehnt werden. KGJ. 23 A 143.

3. Die Ablehnung eines Grundbuchantrags ist nicht der Rechtskraft fähig, vielmehr ist es dem Antragsteller unbenommen, die in dem abweisenden Beschlusse niedergelegte Rechtsauffassung zu widerlegen, und der Grundbuchrichter nicht behindert, entgegen seinem früheren Beschlusse dem wiederholten Antrage stattzugeben. OLG. 4 198 (Colmar).

4. Streit herrscht darüber, ob (wie die Motive zum ersten Entwurfe 53 ausführen) die Antragsberechtigung sich auf diejenigen Personen beschränkt, deren Begünstigung die Eintragung unmittelbar bezweckt, oder ob (in Übereinstimmung mit der Auffassung der Denkschrift 22) auch ein mittelbar Beteiligter antragsberechtigt sein kann. Für die erstere Auffassung Oberneck 132 und Gruchots Beitr. 43 869, Henle, NotZ. 26 180 und Brachvogel-Frydrychowicz 196, für letztere Achilles-Strecker 196, Turnau-Förster 95 und OLG. 4 78 (Dresden): Antragsberechtigt ist derjenige, welchem die begehrten Eintragungen von Nachteil oder Vorteil sind, nicht derjenige, dessen rechtliche Interessen durch die Eintragung überhaupt nicht berührt werden.

5. Der Eintragungsantrag ist eine formale Handlung, keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, welche ein materiell-rechtliches Erfordernis der Rechtsänderung bildet. Achilles-Strecker 193; Turnau-Förster 88. Er ist auch keine prozessuale Handlung, wenn er auch keine zivilrechtliche Natur hat, sondern hat verwaltungsrechtliche Natur. Heine, CBlFrG. 3 574. Er ist aber insoweit rechtsgeschäftlicher Natur, als er zugleich zum Ersatz einer zur Eintragung erforderlichen Erklärung (GBO. § 30) dient. RG. CBl. FrG. 4 27.

6. Der Eintragungsantrag kann nur bis zur Eintragung der beantragten Rechtsänderung zurückgenommen werden, CBlFrG. 1 963 (LG. Zwickau), einseitig jedoch nur dann, wenn er auch einseitig gestellt war, da andernfalls der für die Eintragung genügende Antrag der weiteren Antragsteller bestehen bleibt. KGJ. 24 A 91, OLG. 4 494; Martinius, Gruchots Beitr. 44 390. Der Widerspruch eines Beteiligten ist nicht zu beachten, der Widersprechende vielmehr auf die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung auf Eintragung eines Widerspruchs oder einer Vormerkung zu verweisen. Kretzschmar, Einf. I 52, SächsA. II 24.

7. Bruck — Offizialeintragungen in das Grundbuch in Preußen CBlFrG. 1 751 — stellt die Fälle zusammen, in denen statt auf Antrag das Grundbuchamt sei es auf Ersuchen einer Behörde, sei es unmittelbar von Amts wegen Eintragungen vorzunehmen hat, und findet das ihnen zugrunde liegende Prinzip darin, daß die Offizialtätigkeit überall Platz greift, wo die Stellung von Anträgen den Beteiligten nicht zugemutet oder anheimgegeben werden soll oder kann. Vgl. auch die Zusammenstellung von Oberneck, Gruchots Beitr. 43 736.

**§ 14.** 1. Der § 14 erweitert das durch § 13 gewährte Antragsrecht für den Fall, daß einem Dritten ein gegen den Berechtigten vollstreckbarer Titel auf Eintragung im Grundbuche zur Seite steht. Unerheblich ist es, ob der vollstreckbare Titel zunächst eine Geldforderung zum Gegenstande hat oder unmittelbar

auf Bewilligung der Eintragung des Eigentums oder eines dinglichen Rechtes gerichtet ist oder das Rangverhältnis zum Gegenstande hat, wohl aber muß der Schuldner bereits Eigentümer des Grundstücks oder dinglich Berechtigter sein und es sich also darum handeln, das Grundbuch in Einklang mit der wirklichen Rechtslage zu setzen. Oberneck, Gruchots Beitr. 43 874. Hat der Schuldner nur einen obligatorischen Anspruch auf Übertragung des Eigentums oder auf Bestellung eines begrenzten Rechtes, so schlägt § 14 nicht ein, da es sich nicht um die Berichtigung des Grundbuchs, sondern um die Vornahme einer rechtsbegründenden Eintragung handelt. Geht der Anspruch des Schuldners gegen den Dritten auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, so bietet der § 848 ZPO. ein geeignetes Mittel, um dem Gläubiger nach Durchführung des Anspruchs eine Sicherungshypothek an dem Grundstücke zu verschaffen. Kretzschmar, Einf. I 47; Achilles-Strecker 201.

2. Ein Hypothekengläubiger, welcher einen vollstreckbaren Titel gemäß § 745 Abs. 2 ZPO. erlangt hat, kann die Berichtigung des Grundbuchs dahin verlangen, daß es auf den überlebenden Ehegatten und den mitbeteiligten Abkömmling als Gesamtgutsteilhaber umgeschrieben wird. OLG. 5 291 (Hamburg).

3. Wer berechtigt ist, auf den Anteil eines Miterben eine Sicherungshypothek eintragen zu lassen, braucht, wenn das Grundstück noch auf den Namen des Verstorbenen lautet, nur den zu belastenden Anteil, nicht aber sämtliche Anteile gemäß § 14 zur Eintragung zu bringen. OLG. 2 411 (Braunschweig), BraunschZ. 48 21.

4. Auch der Gläubiger, dessen vollstreckbare Forderung den Betrag von 300 M. nicht übersteigt oder dessen vollstreckbarer Titel ein Vollstreckungsbefehl ist, kann die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung seines Schuldners als Grundstückseigentümers beantragen. Denn wenn auch wegen § 866 Abs. 3 der ZPO. die Eintragung einer Sicherungshypothek unzulässig ist, so kann doch der Gläubiger, wenn er die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreibt, verlangen, daß auf Grund seines vollstreckbaren Titels vermittels Ersuchens des Vollstreckungsgerichts (§ 19 des ZwVGes.) die Anordnung der Zwangsversteigerung als Verfügungsbeschränkung (§§ 20, 22 des ZwVGes.) in das Grundbuch eingetragen wird. Zu diesem Zwecke bedarf es aber der vorgängigen Eintragung des Schuldners als Grundstückseigentümers. KGJ. 27 A 101, OLG. 8 152.

Ebenso Achilles-Strecker 200; Kretzschmar, Einf. I 46 und SächsA. 11 19. Dagegen Schatzky, Die Grundbuchberichtigung zum Zwecke der Immobiliarvollstreckung 35: Der Gläubiger einer vollstreckbaren Forderung kann allerdings die Eintragung des Sperrvermerks erzielen, aber „verlangen" in dem von § 14 geforderten Sinne, d. h. unter Vorlegung seines Titels beim Grundbuchamte beantragen, kann er sie nicht. Sein Antrag geht an das Vollstreckungsgericht und richtet sich nur auf die Anordnung der Zwangsversteigerung. Deshalb befürwortet Schatzky 42 eine erweiternde Auslegung des § 14 in dem Sinne, daß dem Gläubiger auch in den Fällen des § 866 Abs. 3 ZPO. das Antragsrecht zusteht, insbesondere auch im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte des § 14 GBO und des (erst nach Vollendung der GBO. geschaffenen) § 866 Abs. 3 ZPO., welcher überdies nur die Zwangshypothek treffen wollte. Vgl. auch Keiner, DJZ. 00 417.

5. Schatzky a. a. O. 37: Ein Klagerecht gegen den Schuldner, selber sein Antragsrecht aus § 13 Abs. 2 auszuüben, steht dem Gläubiger, dessen Schuldtitel lediglich auf eine Geldzahlung gerichtet ist, nicht zu, da der Schuldner nur zur Duldung der ZwV., nicht zur selbsttätigen Mitwirkung im Interesse

des Gläubigers verpflichtet ist. Auch ein Anspruch des Schuldners gegen den Bucheigentümer, nicht nur die Berichtigung zu bewilligen (BGB. § 894), sondern auch den Eintragungs*antrag* zu stellen, ist mangels einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift zu verneinen, deshalb kann auch der Gläubiger einen solchen Anspruch nicht pfänden und sich überweisen lassen.

6. Zur Beschaffung der zum Nachweise der Unrichtigkeit erforderlichen öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden steht dem Vollstreckungsgläubiger nicht das Recht zu, die im Besitze des Schuldners oder eines Dritten befindlichen Urkunden durch körperliche Pfändung (ZPO. §§ 808, 809) oder durch Pfändung und Überweisung eines dem Schuldner zustehenden Anspruchs auf Herausgabe der Urkunde (ZPO. §§ 846, 847) an sich zu bringen, da diese Pfändungen nach §§ 814, 847 ZPO. auf Befriedigung durch *Verwertung* der Pfandsache abzielen, nicht auf ihre Besitznahme und spätere Benutzung als Beweismittel. Ein Recht des Gläubigers, gegen den Schuldner oder den Dritten auf Urkundenherausgabe zu *klagen*, läßt sich nicht schon aus seiner Vollstreckungsbefugnis herleiten, wohl aber aus bürgerlich-rechtlichen Verhältnissen (vgl. §§ 402, 444, 667, 681, 952 BGB., § 157 HGB.). Klage auf Vorlegung von Urkunden: §§ 810, 811 BGB. Ein *Feststellungsurteil* des Inhalts, daß nicht der beklagte Bucheigentümer, sondern der unrichtigerweise nicht gebuchte Schuldner der Grundstückseigentümer sei, kann der Gläubiger nicht als Beweisurkunde verwerten (a. M. die Denkschrift zur GBO. § 38 und *Achilles-Strecker* 201), da er zu dieser Feststellungsklage nicht legitimiert ist, überdies das Feststellungsurteil wegen seiner auf die Parteien beschränkten Rechtskraft vom Grundbuchrichter nicht als ausreichende Beweisurkunde angesehen werden darf. *Schatzky* a. a. O. 51, 52.

7. Der auf § 14 beruhende Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs kann nicht darauf gestützt werden, daß der Grundbuchrichter die Urkunden, auf Grund deren vordem eine Eintragung vorgenommen ist, damals *unrichtig ausgelegt* habe, denn es würde dadurch erreicht, daß eine *frühere* Eintragung durch eine andere *ersetzt* wird, was nach § 71 Abs. 2 unzulässig ist. Der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs muß anderweit, z. B. auf Grund eines Anerkenntnisses oder eines gegen den von der Eintragung Betroffenen ergangenen Urteils, erbracht werden. KGJ. **26** A 80.

**§ 15.** A. *In wessen Namen darf der Notar Anträge stellen?*

1. Enthält die von einem Notar aufgenommene oder beglaubigte Urkunde sämtliche Erklärungen, die zum Zwecke einer Eintragung in öffentlicher Form nachgewiesen werden müssen — z. B. die Löschungsbewilligung der Berechtigten wegen einer in Abt. II des Grundbuchs eingetragenen Last —, so ist der Notar befugt, auch im Namen eines bei der Beurkundung *nicht* beteiligt gewesenen Antragsberechtigten — in dem erwähnten Beispiele namens des Grundstückseigentümers — den Eintragungsantrag bei dem Grundbuchamte zu stellen. KGJ. **21** A 93, OLG. **2** 224, RJA. **2** 38, CBlFrG. **1** 699.

Übereinstimmend *Schiffer*, Gruchots Beitr. **46** 358. A. M. *Jastrow*, Form. Buch (14) I 260 GBO. § 15 Anm. 4: Der Notar ist zu Eintragungsanträgen nur namens eines bei der *Beurkundung* Beteiligten befugt, da seine Befugnis nach dem Gesetz auf vermuteter Vollmacht beruht und von dieser bei einem an der Beurkundung nicht Beteiligten keine Rede sein kann.

2. Stellt der Notar, welcher die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung beurkundet oder beglaubigt hat, den Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamt ohne Angabe, *in wessen Namen* dies geschieht, so ist im Zweifel anzunehmen, daß er den Antrag namens *sämtlicher* zum Antrage Berechtigten stellen wird. Die Vermutung kann jedoch durch die Umstände des einzelnen

Falles widerlegt werden. Wenn er im eigenen Namen auftreten will, muß sich dies aus dem Antrag oder den Umständen ergeben. KGJ. 24 A 91, OLG. 4 494, KGJ. 25 A 278, OLG. 6 196, 7 52 (KG.). A. M. Schiffer, Gruchots Beitr. 46 358, welcher es für ungenügend erachtet, wenn ein Notar nur seine Absicht, nicht in eigenem Namen zu handeln, erkennbar macht. Er erachtet daher, wenn mehrere Personen antragsberechtigt sind, den Notar für verpflichtet, zum mindesten auf Verlangen der Behörde denjenigen Antragsberechtigten, dessen Antragsrecht er als Vertreter ausübt, ersichtlich zu machen. Das OLG. Colmar (OLG. 7 332, CBlFrG. 4 262, ElsLothrNotZ. 23 271) hält den Notar nicht für verpflichtet, im Antrag oder in der Beschwerde den Antragsteller oder Beschwerdeführer namentlich zu bezeichnen, so wünschenswert dies auch sein mag, hält es vielmehr für genügend, wenn der beurkundende Notar im Namen „der Beteiligten" Anträge stellt oder Beschwerde einlegt. Unter den „Beteiligten" können nur diejenigen Personen verstanden werden, deren Antrage nicht stattgegeben worden ist.

3. Stellt ein Beteiligter selbst den Antrag, so ist das Antragsrecht des Notars gegenstandslos und die Wiederholung des Antrags bei dessen Übermittelung keine Ausübung des Antragsrechts, sondern nur ein Botendienst. Schiffer a. a. O. 354.

4. Stellt der Notar den Antrag für eine juristische Person, so begründet § 15 auch die Vermutung, daß ihm die Vollmacht von einem hierzu befugten Vertreter der juristischen Person erteilt ist. ElsLothrJZ. 29 70 (LG. Colmar).

Der Nachweis der Vertretungsbefugnis des beim Rechtsgeschäfte beteiligten Vertreters der juristischen Person wird dadurch aber nicht entbehrlich. Schröder, GrundbEntsch. II 96.

B. Voraussetzung und Umfang des Antragsrechts.

1. Der § 15 erfordert, daß der Notar die dingliche Einigung beurkundet oder beglaubigt; die Beurkundung oder Beglaubigung des obligatorischen Rechtsgeschäfts genügt nicht. Kretzschmar, Einf. I 48, SächsA. 11 21.

2. Ein Mehr, als den Erklärungen der Beteiligten entspricht, kann der Notar weder materiell noch formell beantragen. Schiffer, Gruchots Beitr. 46 359. Die durch § 15 begründete Vermutung beschränkt sich auf diejenigen Anträge, welche sich auf die grundbuchmäßige Verwirklichung jener Erklärungen beziehen. Sachlich abweichende oder einschränkende Anträge zu stellen, ist der Notar nicht befugt. KGJ. 22 A 294, OLG. 5 199, KGJ. 25 A 301, OLG. 5 292, 7 189. Ein eigenes Antrags- und Beschwerderecht steht dem Notar nicht zu, weder kraft seines Amtes noch zur Erledigung der ihm übertragenen Angelegenheit. Schiffer, Gruchots Beitr. 46 357, CBlFrG. 1 474 Nr. 277, R. 00 496 (OLG. Colmar), HessRspr. 3 44 (LG. Mainz). A. M. LG. Hamburg, CBlFrG. 1 154.

3. Einzelne Fälle.

a) Hat der Schuldner in der von dem Notar aufgenommenen oder beglaubigten Urkunde „das ihm aufgelassene Grundstück und seinen übrigen Grundbesitz" seinem Gläubiger verpfändet, so kann der Notar die durch § 28 vorgeschriebene Grundstücksbezeichnung im Eintragungsantrage nicht nachholen. KGJ. 21 A 125.

b) Ist über die Rangordnung mehrerer Eintragungen in der Eintragungsbewilligung nichts bestimmt und richtet sich daher die Rangordnung nach dem Gesetze (§ 46), so ist der Notar nicht durch § 15 ermächtigt, bei Einreichung mehrerer Eintragungsanträge zu bestimmen, daß die eine Eintragung im Range hinter der anderen erfolgt. Er kann aber die Rangordnung dadurch beeinflussen,

daß er die Eintragungsanträge zu verschiedenen Zeiten oder nur eine auszugsweise Ausfertigung der Verhandlung einreicht. KGJ. 26 A 83, RJA. 3 246, OLG. 7 334, 8 302.

c) Reicht ein Notar eine Urkunde, welche mehrere Rechtsgeschäfte enthält, beim Grundbuchamt ein mit dem Antrage, nur das eine Rechtsgeschäft einzutragen, so ist er hierzu nicht ohne weiteres ermächtigt, andererseits darf aber der Grundbuchrichter nicht die Eintragung nach Inhalt der Urkunde bewirken, da ihm der Antrag, soweit nach der Erklärung des Notars die Eintragung unterbleiben sollte, zwecks Eintragung nicht übermittelt worden ist. OLG. 8 303 (KG.).

d) Hat ein Notar nur die Entpfändungserklärung eines Gläubigers beurkundet, so ist er nicht ermächtigt, namens des Grundstückseigentümers den Antrag auf pfandfreie Abschreibung des pfandentlassenen Trennstücks zu stellen, da dieser Antrag der im § 29 vorgeschriebenen Form bedarf (§ 27 Abs. 1). KGJ. 25 A 318.

e) Hat in der Urkunde der Mann die Eintragung einer verzinslichen Hypothek für seine Frau bewilligt, so kann der Notar nicht die Eintragung ohne die Zinsen beantragen, wenn auch das Zinsversprechen unwirksam ist (§ 1434 BGB.). OLG. 5 292 (KG.).

f) Das Recht des Notars, eine Eintragung zu beantragen, umfaßt nicht ohne weiteres die Befugnis, auch die Beseitigung von Hindernissen, die der Eintragung entgegenstehen, zu beantragen. KGJ. 26 A 245, OLG. 8 211.

g) Nach der Ansicht von Schiffer, Gruchots Beitr. 46 359, liegt eine Überschreitung des Antragsrechts nicht vor, soweit es sich um die gesetzlichen Folgen der Eintragung handelt, wenn z. B. bei einer auf den Antrag des Notars eingetragenen Hypothek der Hypothekenbrief nicht ordnungsmäßig gebildet ist und der Notar die Berichtigung des Briefes beantragt, mag auch in der Eintragungsbewilligung der Hypothekenbrief überhaupt nicht erwähnt sein.

4. Beruht das Antragsrecht auf einer Mehrheit von Erklärungen, so muß der Notar, der das Antragsrecht beansprucht, sie alle beurkundet oder beglaubigt haben. Hat ein anderer Notar auch nur in dessen Auftrag und nur in Nebenpunkten mitgewirkt, so entfällt sein Antragsrecht. Schiffer, Gruchots Beitr. 46 356. A. M. OLG. 1 318 (Hamburg); RJA. 1 153.

5. Das Antragsrecht begreift auch das Recht der Beschwerde und weiteren Beschwerde in sich, denn das Betreten des Instanzenwegs bedeutet nichts anderes als die erneute Anbringung des ursprünglichen Antrags an anderer Stelle und in anderer, durch die geänderte Sachlage gebotener Form. Dies gilt selbst für den Fall, daß der Notar den abgelehnten Antrag nicht selbst gestellt hat. Schiffer, Gruchots Beitr. 46 347. Vgl. OLG. 1 266 (KG.), OLG. 1 318 (Hamburg), RJA. 1 153, LG. Dresden, Buschs Z. 27 360.

6. Zur sachgemäßen Ausübung der Befugnisse des Notars gehört auch, daß er von dem Ergebnisse seines Antrags benachrichtigt wird, vornehmlich daß ihm Hindernisse und Umstände mitgeteilt werden, die der Erledigung im Wege stehen. Schiffer, Gruchots Beitr. 46 349; Achilles-Strecker 204, 297; Schröder, GrundbEntsch. II 96.

C. Grenzen des Antragsrechts.

1. Jeder Antragsberechtigte kann die vom Notar gestellten Anträge zurücknehmen oder ändern, nur muß solche Willenserklärung dem Grundbuchamte vor der Eintragung zugehen und, wenn sie der Stellung des Eintragungsantrags nachfolgt, der Formvorschrift des § 32 entsprechen, während sie formfrei ist, wenn sie vor oder gleichzeitig mit der Stellung des Eintragungsantrags erfolgt. Schiffer, Gruchots Beitr. 46 360.

2. Der Notar wird durch § 15 nicht ermächtigt, den von ihm gestellten Antrag zurückzunehmen. CBlFrG. 2 486 (LG. Cöln). A. M. Achilles-Strecker 248 und Schiffer, Gruchots Beitr. 46 360, dieser unter Verneinung der Frage, ob in den Fällen des § 32 die Zurücknahme der dort vorgesehenen Form bedarf. Ebenso Kretzschmar, Einf. I 53.

3. Der Notar ist gemäß § 15 nur so lange antragsberechtigt, als er die von ihm beglaubigte Urkunde dem Grundbuchamte zu überreichen befugt erscheint. Hat er daher die Unterschrift eines Vertreters beglaubigt, so ist er von dem Zeitpunkt an, in dem der Vertreter die Vertretungsbefugnis verloren hat, nicht mehr antragsberechtigt. KGJ. 21 A 276, OLG. 2 390, SeuffA. 56 341. Vgl. dagegen CBlFrG. 2 725 (LG. Cöln).

4. Ein aus dem Amte geschiedener Notar ist nicht mehr ermächtigt, vorher von ihm beurkundete Eintragungen im Grundbuche zu beantragen und bei Ablehnung Beschwerde einzulegen. OLG. 2 244 (Cöln). Zustimmend Schiffer, Gruchots Beitr. 46 349. Das LG. Karlsruhe, BadRpr. 02 60 erachtet den jeweiligen, auf einer bestimmten Notarstelle ernannten badischen Notar, dessen Amtsvorgänger Auflassungen und Eintragungsbewilligungen beurkundet hat, für befugt, namens eines Berechtigten Eintragungen zu beantragen und ohne weitere Vollmacht Beschwerde einzulegen.

5. Hat ein Notar alle Urkunden eingereicht, die nötig sind, die Tätigkeit des Grundbuchrichters anzuregen, so hat er damit seine Aufgabe erfüllt und er ist nicht ohne weiteres zum Rückempfange der eingereichten Urkunden ohne Vollmacht des Berechtigten ermächtigt, wenn seine Berufsstellung es auch unter Umständen dem Grundbuchrichter unbedenklich erscheinen lassen mag, ihm die überreichten Urkunden wieder zuzustellen. OLG. 5 199 (KG.), KGJ. 23 A 164. Er ist aber zur Empfangnahme zurückgegebener Urkunden nicht verpflichtet. LG. Frankfurt a. O., KGBl. 13 42.

**§ 16.** 1. Nach der Begriffsbestimmung von du Chesne, CBlFrG. 3 572, ist der unzulässige Vorbehalt des Abs. 1 die einem Eintragungsbegehren hinzugefügte einschränkende Erklärung, daß die Wirkung des Antrags abhängig sein soll von einem Umstande, der erst künftig eintreten soll oder zu dessen Feststellung das Grundbuchamt eine prüfende Tätigkeit, die über die persönliche Kenntnisnahme des Richters von gerichtskundigen Umständen hinausgeht, entfalten soll. Kretzschmar, Einf. I 49, SächsA. 11 22, versteht unter Vorbehalt eine nicht in der Sache selbst liegende, sondern auf äußere Umstände bezügliche Beschränkung. Turnau-Förster II 105 heben hervor, daß eine selbstverständliche Voraussetzung, z. B. der Antrag des Gläubigers, eine Hypothek unter der Voraussetzung, daß der Schuldner eingetragener Eigentümer sei, einzutragen, nicht unter § 16 Abs. 1 fällt.

2. Von teilbaren Anträgen ist nur der unstatthafte Teil abzulehnen, der statthafte zu erledigen, soweit nicht ein Vorbehalt verbundener Eintragung vorliegt. Ein solcher ist nicht zu vermuten, wenn nur die eine Eintragung, z. B. die einer Hypothek zur Wahrung eines Ranges, notwendig ist, während der unstatthafte Teil des Antrags sich auf die sog. Unterwerfungsklausel (ZPO. § 800) bezieht. LG. Dresden, CBlFrG. 1 156, R. 00 467; SeuffA. 57 379 (München).

3. Ein unzulässiger Vorbehalt im Sinne des § 16 ist es, wenn der Schuldner in der Schuldurkunde erklärt, daß sich der Gläubiger den Hypothekenbrief vom Grundbuchamt aushändigen lassen dürfe, die Übersendung aber erst erfolgen solle, wenn die vorstehenden Posten gelöscht sind. Denn da zur Erledigung des Antrags auch die Aushändigung des Briefes gehört, so kann der Antrag zur Zeit nicht vollständig erledigt werden, und es ist nicht Sache des Grundbuchamts, den Brief länger unbestimmte Zeit aufzubewahren, auch ist es in der Zwischen-

zeit zweifelhaft, wer zur Verfügung über die Hypothek und den Hypothekenbrief überhaupt berechtigt ist. LG. Tilsit, EBlFrG. **1** 221, R. **00** 519.

4. Der Antrag auf Eintragung der in einer Urkunde enthaltenen Bestimmungen, „soweit sie eintragungsfähig seien", wird vom KG., DJZ. **03** 298 für zulässig erachtet.

Abs. 2.

5. Kretzschmar, Einf. I 49, SächsA. **11** 22, findet die Grenze des § 16 Abs. 2 darin, daß das gleiche Grundbuchamt und beim Bestehen mehrerer Abteilungen derselbe Grundbuchrichter zuständig ist. Anderenfalls ist der Antrag an die Bedingung geknüpft, daß auch der andere beteiligte Grundbuchrichter antragsgemäß beschließt. Diese Entschließung stellt sich für den mit der Sache nicht befaßten Grundbuchrichter als ein äußerer Umstand dar, und der Antrag ist daher wegen eines mit ihm verknüpften unzulässigen Vorbehalts im Sinne des § 16 Abs. 1 zurückzuweisen.

Liegen die Grundstücke, auf denen die gemäß § 16 Abs. 2 beantragten Eintragungen erfolgen sollen, in den Bezirken verschiedener Grundbuchämter, so hat nach der Meinung Obernecks, DNotVZ. **02** 192, das eine Grundbuchamt nach der Präsentation des Antrags diesen zunächst dem anderen Grundbuchamte zur Präsentation zu übersenden und erst dann den Antrag zu erledigen, damit durch den Präsentationsvermerk der Vorschrift des § 17 genügt wird.

6. Der § 16 Abs. 2 ist nicht ausschließlich auf eine ausdrückliche Bestimmung zu beziehen, eine solche Bestimmung kann vielmehr aus den Umständen des Falles gefolgert werden. Wenn mit der Übertragung des Grundeigentums gleichzeitig Eintragungen zugunsten des Übertragenden verbunden werden sollen, so wird sogar die Vermutung dafür sprechen, daß die eine Eintragung (die Umschreibung des Eigentums) nicht ohne die andere (die Belastung) erfolgen soll. OLG. **2** 490 (KG.); Oberneck, Gruchots Beitr. **43** 723.

7. Der Vorbehalt kann schon in der Eintragungsbewilligung enthalten sein und hat die Wirkung, daß die Bewilligung wirkungslos ist, wenn nicht auch die andere Eintragung erfolgen kann. Ein lediglich mit dem Eintragungsantrage verbundener Vorbehalt nützt dem Antragsteller nichts, weil auf Grund der vorbehaltlosen Eintragungsbewilligung auch der andere Teil den Eintragungsantrag stellen kann. Der Vorbehalt macht eine Auflassung nicht zu einer bedingten, wenn z. B. beide Teile sich vorbehalten, daß die Eintragung der Auflassung nur erfolgt, wenn die Eintragung auch in Ansehung des anderen Grundstücks erfolgen kann. Das Eigentum soll hier unbedingt übergehen; nur die Eintragungsbewilligung wird von einem nach § 16 Abs. 2 zulässigen Vorbehalt abhängig gemacht. Ein Vorbehalt, der lediglich mit dem Eintragungsantrage verbunden und nicht schon der Eintragungsbewilligung beigefügt ist, nützt dem Antragsteller nichts, weil auf Grund der vorbehaltlosen Eintragungsbewilligung auch der andere Teil den Eintragungsantrag stellen kann. Kretzschmar I Einf. 50, SächsA. **11** 22.

**§ 17.** 1. Eintragungsanträge sind grundsätzlich nach der Zeitfolge ihres Einganges beim Grundbuchamte zu erledigen. Der Eintragung einer Verfügungsbeschränkung bei einer Hypothek steht daher nicht der Umstand entgegen, daß nach ihrem Eingang, aber vor ihrer Eintragung die Eintragung einer Abtretung beantragt wird, obwohl die Abtretungsurkunde ihrem Datum nach früher ausgestellt, als die Verfügungsbeschränkung ergangen ist, sofern die Möglichkeit besteht, daß die Hypothek durch Übergabe des Hypothekenbriefs (BGB. § 1154) erst nach dem Erlasse der Verfügungsbeschränkung und in Kenntnis des Verfügenden und des Erwerbers von ihr (BGB. § 892 Abs. 1 Satz 2 a. E.) erworben ist. KGJ. **25** A 163.

2. Dem Antrage des Grundstückseigentümers, eine auf seinem Grundstück eingetragene Buchhypothek auf Grund der Löschungsbewilligung des Gläubigers zu löschen, ist auch dann zu entsprechen, wenn vor der Stellung des Löschungsantrags der Beschluß, durch den die zu löschende Hypothek gepfändet wurde, dem Grundstückseigentümer zugestellt worden ist, da die Pfändung einer Buchhypothek erst mit der Eintragung im Grundbuche wirksam wird. OLG. 4 182 (Dresden), SächsOLG. 23 82 und die Bemerkungen dazu von Kretzschmar, CBlFrG. 3 167; vgl. JDR. 1 Nr. 1 zu § 830 ZPO.

3. Eine rechtliche Verpflichtung, bei Erledigung der Anträge die Reihenfolge des Einganges einzuhalten, besteht nur insoweit, als die Anträge dasselbe Recht betreffen. Schröder, Grundbuchentscheidungen II 96.

4. Die §§ 17, 18 haben materielle Bedeutung für die Frage der dinglichen Wirkung (wie sie RG. 28 350 für die entsprechende Vorschrift der preuß. GBO. annimmt) nicht. Nach BGB. wird Rang und Entstehung der Rechte erst mit ihrer Eintragung, nicht schon durch den Antrag auf Eintragung, der lediglich eine Verfahrenshandlung ist, dinglich gesichert. SächsOLG. 24 75.

**§ 18.** 1. Voraussetzung der Anwendung des § 18 ist, daß das Hindernis alsbald oder leicht beseitigt werden kann. Dies kann z. B. gegeben sein bei mangelhafter Beschaffenheit der Eintragungsunterlage (§§ 19, 20), dagegen ist die Bestimmung der Frist unzulässig, wenn der Antrag ohne Beibringung einer jeden Grundlage gestellt wird und also überhaupt unbegründet ist, oder wenn die dem Antrage beigefügte Grundlage nichtig ist. OLG. 6 489 (Dresden), SächsOLG. 24 338, OLG. 8 10 (München). Begehren z. B. bei einem Ansturme der Gläubiger zunächst einige von ihnen unter Vorlegung einer unbeglaubigten Eintragungsbewilligung oder eines nicht vollstreckbaren Urteils, darauf andere mit begründeten Anträgen Eintragungen, so werden die ersteren unbedenklich zurückzuweisen sein. Turnau-Förster II 111. Anderenfalls wäre, wie Frey, CBlFrG. 3 568, hervorhebt, zu besorgen, daß die Einrichtung der hier vorgesehenen Fristeinräumung dazu benutzt werden könnte, auf Grund eines noch nicht fertigen Rechtsgeschäfts mit Ausnutzung der Frist einem anderen von Anfang an vollständig begründeten Eintragungsantrage den Rang abzulaufen.

2. Kretzschmar, CBlFrG. 4 14: Die Bestimmung einer Frist nach GBO. § 18 hat zur Voraussetzung, daß zugunsten des gestellten Antrags eine Vormerkung oder ein Widerspruch eingetragen werden kann. Da für die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs die allgemeinen Vorschriften der GBO. über Eintragungen (Abschnitt 2) gelten, ist die Bestimmung einer Frist ausgeschlossen,

a) wenn die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs beantragt war;
b) wenn der Antrag auf Eintragung einer Zwangs- oder Arresthypothek gerichtet ist;
c) wenn diejenige Person, gegen welche sich die beantragte Eintragung richtet, nicht als der Berechtigte im Grundbuch eingetragen ist;
d) wenn bei einer Briefhypothek (Briefgrundschuld, Briefrentenschuld) eine Eintragung ohne Vorlegung des Briefes beantragt wird, es müßte denn ein Fall vorliegen, wo die Eintragung ohne die Vorlegung des Briefes zu erfolgen hat.

Dagegen LG. Konstanz, BadRpr. 02 208: Auch im Falle einer Zwangshypothek kann eine Zwischenverfügung erlassen und gegebenenfalls eine Vormerkung eingetragen werden, jedoch nur dann, wenn die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung schon bei Eingang des Antrags vorgelegen haben. Nachholung solcher

Voraussetzungen mit der Wirkung, daß die Zwangsvollstreckung auf die Zeit des Antrags zurückwirkt, kann nicht gemäß § 18 aufgegeben werden.

3. Hat der Grundbuchrichter einen Antrag auf Eintragung in das Grundbuch abgelehnt, statt eine Frist zur Hebung des der Eintragung entgegenstehenden Hindernisses festzusetzen, so ist die Einlegung der Beschwerde lediglich zur Erlangung der Frist nicht ausgeschlossen. In der Beschwerdeinstanz tritt an die Stelle des Ermessens des Grundbuchrichters das Ermessen des Landgerichts. Dieses hat zu prüfen, ob die Hebung des Hindernisses leicht war oder voraussichtlich Schwierigkeiten bereiten wird oder vielleicht gar unwahrscheinlich ist. KGJ. **24** A 83, OLG. **4** 185 (KG.).

4. Die Setzung der Frist kann vom Grundbuchrichter und auch im Beschwerdeweg abgeändert werden, selbst wenn die ursprüngliche Frist verstrichen ist. Die Ablehnung eines entsprechenden Antrags ist aber dann rechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Hebung des Hindernisses nicht wahrscheinlich und jedenfalls in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist. KGJ. **20** A 275.

5. Die Fristsetzung läuft bis zur endgültigen Entscheidung weiter und die sie enthaltende Verfügung kann daher trotz Fristablaufs angefochten werden, solange nicht endgültig über den Antrag entschieden ist. CBlFr. **1** 522 (LG. Dresden).

6. Bei der Fristsetzung ist das Grundbuchamt nicht behindert, dem Antragsteller behilflich zu sein, allein diese Hilfeleistung wird sich im Verkehre mit anderen Behörden nur so betätigen können, daß zur Beseitigung des Hindernisses ein Antrag der Beteiligten an eine andere Behörde übermittelt wird; im eigenen Namen kann das Grundbuchamt dabei nicht handeln, wie auch hierbei von Rechtshilfe im Sinne des GVG. keine Rede ist. OLG. **6** 498 (Dresden), SächsOLG. **24** 328.

7. Der Antragsteller kann gegen eine sogenannte Zwischenverfügung, wenn er die darin erhobenen Bedenken für unbegründet erachtet, sogleich Beschwerde einlegen, ohne erst die ihn endgültig abweisende Verfügung abzuwarten. KGJ. **20** A 125, RJA. **1** 80, OLG. **1** 199, CBlFrG. **1** 156. Ebenso OLG. **1** 200 (Jena), ThürBl. **46** 106. Vgl. auch unten Ziff. 2d zu § 71.

8. Die Zwischenverfügung bindet den Grundbuchrichter nicht für die weitere Entschließung, diese setzt vielmehr eine erneute vollständige Prüfung des Antrags voraus. LG. Dresden, CBlFrG. **1** 156, R. **00** 467.

Abs. 2.

9. Eine Vormerkung ist einzutragen, wenn eine rechtsbegründende Eintragung beantragt ist, ein Widerspruch, wenn es sich um eine bloß beurkundende Einschreibung handelt (vgl. obeu Ziff. 1 zu §§ 13 ff.). Wird das Hindernis rechtzeitig gehoben, so hat es bei der Eintragung der Vormerkung sein Bewenden; die endgültige Eintragung kann erst erfolgen, wenn die Zustimmung der aus der späteren Eintragung Berechtigten beigebracht wird, § 888 Abs. 1 BGB. Bei der Eintragung eines Widerspruchs dagegen bedeutet die Hebung des Hindernisses, daß nunmehr die beantragte Berichtigung erfolgen kann; die Berichtigung führt zur Wiederbeseitigung der mit dem Rechte nicht verträglichen Eintragungen. Kretzschmar, Einf. I 56, SächsA. **11** 27.

10. Es genügt, wenn der Inhalt der Eintragung ergibt, daß der Grundbuchrichter das sich aus dem dinglichen Rechtsakt ergebende Recht des Antragstellers sichern wollte. Auf den von dem Grundbuchrichter gewählten Namen (Widerspruch statt Vormerkung) kommt es ebensowenig an, wie darauf, ob die Vorschriften darüber, in welche Abteilung die Eintragung gehöre, befolgt worden sind. RG. **55** 340, DJZ. **03** 573, JW. **03** Beil. 126, CBlFrG. **4** 333.

11. Hat der Grundbuchrichter bei einer Eintragung es unterlassen, gemäß

§ 18 zugunsten einer früher beantragten, aber beanstandeten Eintragung eine Vormerkung einzutragen, und erfolgt nachträglich die früher beantragte Eintragung im Range nach der später beantragten, aber bereits vollzogenen Eintragung, so ist der nachträgliche Vermerk einer Vormerkung unzulässig. Denn die Vormerkung ist dazu bestimmt, einen persönlichen Anspruch auf eine dingliche Rechtsänderung zu sichern. Nachdem aber dieser persönliche Anspruch durch die Eintragung der Hypothek dinglich geworden ist, bleibt für eine Vormerkung kein Raum mehr. OLG. **3** 305 (KG.). Wird daher nach bewirkter Auflassung, aber vor Eintragung des Eigentumsüberganges auf dem Grundstücke gegen den bisherigen Eigentümer eine Zwangshypothek und zugleich zugunsten des Auflassungsempfängers auf Grund des § 18 Abs. 2 Satz 1 eine Vormerkung eingetragen, so ist diese Vormerkung nur wirksam, wenn bei ihr zugleich vermerkt ist, daß sie der Hypothek im Range vorgeht (§ 46 Abs. 2). Ist dies nicht geschehen, so ist die nachträgliche Eintragung eines Widerspruchs unwirksam, da die Zwangshypothek durch die Eintragung ordnungsmäßig zur Entstehung gelangt ist. OLG. Dresden, CBlFrG. **2** 713, und dazu die Bemerkungen von Kretzschmar, welcher die Eintragung eines Widerspruchs dann für zulässig erachtet, wenn bei der gleichzeitigen Bestellung mehrerer Rechte ausdrücklich ein besonderes Rangverhältnis bestimmt worden ist.

12. Wird ein Eigentumsübergang eingetragen, bevor ein auf Eintragung einer Zwangshypothek gerichteter Antrag erledigt ist, so ist vor Eintragung des neuen Eigentums die Hypothek vorzumerken. Ist dies versäumt worden, so ist nach Umschreibung des Eigentums die Eintragung der Zwangshypothek nicht mehr zulässig, da zur Zeit der Eintragung ein gegen den eingetragenen Eigentümer vollstreckbarer Titel vorliegen muß. KGJ. **26** A 244, OLG. **7** 379, **3** 305 (KG.).

13. Die Vormerkung ist vor Erledigung des späteren Antrags einzutragen; eine erst nachträglich eingetragene Vormerkung steht der in Erledigung des späteren Antrags bewirkten Eintragung im Range nach (BGB. § 879 Abs. 1) und kann daher eine Wirkung zugunsten des früheren Antragstellers nicht bewirken. OLG. **6** 261 (Dresden).

**§ 19.** 1. Dem § 19 ist das formelle Konsensprinzip zugrunde gelegt. Mit Ausnahme der Fälle des § 20 hat das Grundbuchamt lediglich die Eintragungsbewilligung, die formgerechte abstrakte Bewilligung des leidenden Teiles zu fordern, in welcher klar und bestimmt zum Ausdrucke gebracht wird, was in das Grundbuch eingetragen werden soll. Wird die Eintragung einer auf Einigung beruhenden Rechtsänderung beantragt, so ist von der Feststellung der Annahmeerklärung des anderen Teiles abzusehen; ob eine Verpflichtung zur Bewilligung vorhanden ist, liegt abseits der Prüfung des Grundbuchrichters. Turnau-Förster II 115; Achilles-Strecker 209; OLG. **8** 303 (KG.).

2. Die Eintragungsbewilligung tritt beim Erwerbe von Grundstücksrechten neben das dingliche Rechtsgeschäft wie die Besitzeinräumung beim Erwerbe von Fahrnisrechten. Die Eintragungsbewilligung kann auch (selbst in Verbindung mit der Auflassung) bedingt erklärt werden und ist in diesem Falle erst nach Erledigung der Bedingung zu erledigen (§ 16 Satz 2), nicht aber ist sofort eine abweisende Entscheidung zu treffen. LG. Dresden, CBlFrG. **1** 4, R. **00** 519.

3. Streit herrscht darüber, ob die Worte Eintragungsbewilligung und -antrag von dem Gesetze zur Bezeichnung formaler Rechtsakte gebraucht und verbraucht seien und daher nicht den Inhalt des materiellen Rechtsakts der Einigung bilden könnten.

a) Wolff, Gruchots Beitr. **47** 39: Die Eintragungsbewilligung ist nicht mit der Einigung identisch, sie würde höchstens ein Teil der Einigung sein

können, braucht es aber nicht zu sein. Sie ist eine neue Disposition, die zum Inhalte der Einigung nicht gehört, sie ersetzt die Einigung nicht, sondern tritt zwischen sie und die Eintragung.

b) Strübe, BadRpr. 03 136: Die Eintragungsbewilligung ist ein Formalakt, der zwar zugleich materielle Wirkung haben kann, insofern er die einseitige Erklärung des dinglichen Vertrags dem anderen Teile gegenüber enthält, der aber nicht ersetzt wird durch einen in anderer Form erfolgten Vertragsantrag.

c) Pitel, CBlFrG. 2 84: Der Eintragungsbewilligung muß jede materiell-rechtliche Bedeutung abgesprochen werden, soweit nicht das BGB. ihr ausnahmsweise eine solche beilegt, wie z. B. im § 872 Abs. 2 und § 874. Bei der Prüfung, ob ein Recht erworben ist, genügt die Feststellung, daß Einigung und Eintragung im Grundbuche vorliegen; wie die letztere zustande kam, ist unerheblich.

d) Kretzschmar, Einf. I 83: Die Eintragungsbewilligung ist eine einseitige Erklärung, deren unmittelbaren Gegenstand nicht die Rechtsänderung, sondern die Eintragung bildet. Die Frage, ob die auf Grund der Eintragungsbewilligung eingetragene Rechtsänderung auch wirklich eingetreten ist, hängt davon ab, ob die Einigung der Beteiligten über den Eintritt der Rechtsänderung zustande gekommen ist. Der Eintragungsbewilligung kann daher nur die Bedeutung zukommen, daß sie die dingliche Einigung oder die sonst zum Eintritte der Rechtsänderung erforderliche rechtsgeschäftliche Erklärung ersetzt. Vgl. **RG.** JW. **01** 101 und SächsA. **11** 68, 69, 168.

e) Eschbach, BadRpr. **03** 24: Wenn die dingliche Einigung der Beteiligten ausdrücklich erklärt ist, braucht nicht noch außerdem die Eintragungsbewilligung ausgesprochen zu werden; die letztere ist in ersterer schon enthalten. Denn die Einigung ist der zweiseitige materielle und abstrakte, ohne Angabe der causa wirksame Willensakt, während die Eintragungsbewilligung eine einseitige materielle und abstrakte Willenserklärung darstellt.

f) Schweitzer, Begriff und Nachweis der Eintragungsbewilligung der §§ 19, 22 (1903) 6: Die Eintragungsbewilligung enthält den Willen, die einzutragende Rechtsänderung zu begründen. Sie ist entweder das einseitige dingliche Rechtsgeschäft oder die Einigungsofferte, die dem anderen Teile noch nicht zugegangen zu sein braucht. Gemeint ist dasjenige Rechtsgeschäft, welches die unmittelbare Grundlage der einzutragenden Rechtsänderung bildet. Betroffener ist derjenige, welcher für dieses dingliche Rechtsgeschäft im BGB. als Berechtigter bezeichnet ist. Vgl. ebenda 16, 22, 23 darüber, wie das Grundbuchamt im einzelnen Falle das Rechtsgeschäft feststellt, ferner über den dinglichen Anerkenntnisvertrag 27, über die Zustimmung eines Dritten 10, 13, über die Anwendung der §§ 40, 41 GBO., §§ 891, 892, 185 BGB. 12 (D a. E. und E).

Gegen die Ansicht Schweitzers, daß in den Fällen, in denen das BGB. einen dinglichen Vertrag erfordert, die Eintragungsbewilligung als Vertragsofferte anzusehen sei, wendet sich Strecker, Buschs Z. **31** 541: Aus § 873 BGB. erhellt, daß die Eintragungsbewilligung nicht ein notwendiger Bestandteil der Einigung ist. Jene kann erklärt werden, nachdem die Einigung bereits bindend ist, und dann unmöglich eine Offerte zu dieser sein. Die Offerte zur Einigung kann auch von dem Erwerber gestellt werden. Die Bekanntmachung der Eintragung durch das Grundbuchamt (GBO. § 55) kann nicht als das Zugehen einer Vertragsofferte an den Erwerber angesehen werden.

Strecker a. a. O. bekämpft ferner die Ansicht Schweitzers, daß in den Fällen, in denen das BGB. keinen dinglichen Vertrag fordert, sondern ein einseitiges dingliches Rechtsgeschäft oder die Zustimmung eines Dritten für

ausreichend erklärt, diejenigen Willenserklärungen des materiellen Rechtes, welche zur Begründung der Rechtsänderung abgegeben sein müssen, auch die Grundlage der Eintragung selbst bilden und dem Grundbuchamte vollständig nachgewiesen werden müssen.

g) Förster, R. **03** 54: Aus der Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung ergibt sich notwendig der Wille des Berechtigten, daß die Eintragung, ohne welche die Rechtsänderung nicht eintreten kann, erfolgen soll. Die Einigung ist also genügend, aber nur ausnahmsweise erforderlich (GBO. § 20).

h) **RG. 54** 378, CBlFrG. **4** 24: Die Einigung enthält begrifflich die Eintragungsbewilligung und den Eintragungsantrag in sich. Die Ansicht, daß die Eintragungsbewilligung keine rechtsgeschäftliche Erklärung sei, da sie nicht dem anderen Teile, sondern dem Grundbuchamte gegenüber, um dieses in Tätigkeit zu setzen, erklärt werde, erscheint als unbegründet. Die rechtsgeschäftliche Natur der Eintragungsbewilligung ergibt sich unzweideutig aus § 873 Abs. 2 BGB., aber auch in denjenigen anderen Fällen, in denen sie eine einseitige Erklärung ist, die dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben wird (vgl. BGB. §§ 1188, 1195, 1196), bildet sie die materielle Grundlage für die Eintragung. Ebenso Kretzschmar, SächsA. **11** 46 u. CBlFrG. **4** 363; Romeik, WürttJ. **12** 109; Bendix, Seuff. Bl. **68** 193.

4. Die Eintragungsbewilligung muß ausdrücklich erklärt werden, doch genügt es, wenn im Wege der Auslegung festgestellt wird, daß eine Willenserklärung ihrem Sinne nach unmittelbar auf die Vornahme der Eintragung gerichtet ist. KGJ. **21** A 281; RJA. **2** 50; OLG. **2** 412.

5. Enthält eine Eintragungsbewilligung einen Vorbehalt oder eine Bedingung, so muß zum mindesten die Tatsache der Erledigung des Vorbehalts oder des Eintritts der Bedingung in öffentlich beglaubigter Form dargetan werden. OLG. **6** 477 (KG.).

6. Die Eintragungsbewilligung ist nicht an bestimmte Worte gebunden, sie muß nur deutlich erklärt sein. Dies ist namentlich der Fall, wenn ein Dritter, auf dessen Recht die Eintragung sich bezieht, so in den Fällen der §§ 876, 880, 1183, 894 BGB., seine „Zustimmung" erklärt, da die Zustimmung des BGB. (vgl. § 183) begrifflich nichts anderes ist, als die Bewilligung der GBO., oder wenn gemäß § 20 die dingliche Einigung nachgewiesen wird, da diese nichts anderes ist, als die von dem anderem Teile angenommene Eintragungsbewilligung des Berechtigten. Kretzschmar, SächsA. **11** 45, 46.

7. a) Ein Urteil, welches den Grundstückseigentümer statt zur Abgabe der Eintragungsbewilligung zur Duldung der Eintragung einer Sicherungshypothek verurteilt, kann bei Auslegung des Urteils im Sinne des § 19 als ausreichender Ersatz der Eintragungsbewilligung angesehen werden. SächsA. **11** 618 (LG. Dresden). Es bedarf der Vorlegung einer vollstreckbaren Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils, dagegen ist der Nachweis der Zustellung nicht erforderlich. Reichel, Jherings J. **46** 162.

b) Der Prozeßvergleich, durch den die Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung übernommen worden ist, bildet eine genügende Grundlage für Eintragungen in das Grundbuch, da aus ihm nach § 794 Nr. 1 der ZPO. die ZwVollstr. stattfindet und daher auch die Vorschrift im § 894 ZPO. anzuwenden ist. OLG. Dresden, R. **03** 183. Dagegen Förster I, R. **03** 260, mit der Begründung, daß § 894 ZPO. auf Prozeßvergleiche nicht Anwendung finde, da im Falle des § 894 der richterliche Wille die Erklärungen des Verurteilten ersetzt, während beim Vergleiche der Wille des Richters überhaupt nicht in Bewegung gesetzt wird. Demgegenüber verteidigt Kretzschmar, R. **03** 357, die Entscheidung

des OLG. Dresden, indem er auch im Sinne des § 894 ZPO. den Prozeßvergleich dem rechtskräftigen Urteile gleichstellt.

Auch Reichel, Iherings J. **46** 163, verneint die Anwendbarkeit des § 894 ZPO. auf einen vor dem Richter der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit aufgenommenen Vergleich, vertritt aber die Ansicht, daß die Beurkundung des Vergleichs im Prozesse die gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Parteierklärungen ersetzt. Ebenso das KG., KGJ. **21** A 121, OLG. **1** 455, welches den Prozeßvergleich als öffentliche, der Unterzeichnung durch die Beteiligten (FrGG. § 177) nicht bedürfende Urkunde ansieht, und Dronke, Buschs Z. **30** 47, welcher hervorhebt, daß der Prozeßvergleich die Auflassung nicht ersetzen könne, da für diese nicht die Beurkundung, sondern die Abgabe der Erklärung vor dem Grundbuchamte wesentlich sei. Josef, R. **03** 502, hält auch das Prozeßgericht zur Entgegennahme der Auflassungserklärung für zuständig, wenn dieses zugleich Grundbuchamt ist, selbst wenn der Prozeßrichter nach der Geschäftsverteilung nicht zugleich Grundbuchrichter ist. Wegen des Nachweises der Vollmacht der Prozeßbevollmächtigten vgl. Ziff. 3 zu § 30.

c) Der Pfändungsbeschluß ersetzt die Eintragungsbewilligung des Berechtigten. Deshalb kann die Pfändung einer Eigentümerhypothek nur eingetragen werden, wenn die Entstehung dieser Hypothek (BGB. § 1177 Abs. 1 und 2) urkundlich nachgewiesen ist. KGJ. **22** A 171, OLG. **4** 320.

8. Derjenige, dessen Recht von einer Eintragung betroffen wird und der sie daher in grundbuchmäßiger Form zu bewilligen hat, ist lediglich derjenige, dessen Recht geschmälert oder beeinträchtigt wird, also der verlierende Teil oder der sog. Passivbeteiligte. Das ist z. B. bei der Abtretung einer Hypothek der Abtretende (KGJ. **23** A 115; OLG. **4** 187; RJA. **3** 40; SeuffA. **57** 253), bei dem Verzicht auf eine Hypothek (BGB. §§ 1168, 1176) der Gläubiger (OLG. **3** 442 (Dresden)), bei der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung der Grundstückseigentümer (LG. I Berlin, KGBl. **11** 31, CBlFrG. **4** 625 (München). Dieser ist auch lediglich der Passivbeteiligte bei der Eintragung einer Vormerkung aus BGB. § 1179 insbesondere auch für den Fall, daß die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt (KGJ. **26** A 161; OLG. **8** 145), und bei der Eintragung einer Buchhypothek (vgl. JDR. **1** Ziff. 3 zu § 1116 BGB.), während zur Umwandlung einer Buch- in eine Briefhypothek die Bewilligung des Eigentümers und des Gläubigers erforderlich ist, da beider Recht von der Eintragung betroffen wird. OLG. **1** 414 (KG.). Beider Bewilligung genügt auch, wenn an die Stelle der Forderung, für welche eine Hypothek besteht, eine andere Forderung, die nicht dem bisherigen Hypothekengläubiger zusteht (BGB. § 1180), gesetzt werden soll. KGBl. **11** 31 (LG. II Berlin).

Zur Eintragung einer Rangänderung genügt die Bewilligung des zurücktretenden Gläubigers mit Zustimmung des Eigentümers, auch wenn die zum Vortreten im Range bestimmte Hypothek nocht nicht bestellt und eingetragen ist. Vgl. JDR. **1** Ziff. 5 zu § 880 BGB.

Wenn eine Hypothek durch den Vorbesitzer des Grundstücks getilgt ist, gehört dieser Vorbesitzer oder sein allgemeiner Rechtsnachfolger zu denjenigen Personen, deren Rechte durch die Löschung betroffen werden; eine von ihm etwa übernommene Löschungsverpflichtung kann unter Umständen im Wege der Auslegung als Löschungsbewilligung aufgefaßt werden. OLG. **3** 224 (KG.). Zur Löschung einer gepfändeten und zur Einziehung (§ 836 Abs. 1 ZPO.) überwiesenen Briefhypothek ist die Zustimmung des Vollstreckungsschuldners nicht erforderlich. OLG. **3** 392 (KG.).

Auch der vormerkungsberechtigte Gläubiger kann entsprechende Eintragungen bewilligen. Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung 92.

Im übrigen muß im einzelnen Falle mit Rücksicht auf den Gegenstand der beantragten Eintragung an der Hand der Vorschriften des BGB. bestimmt werden, wer die Eintragung zu bewilligen oder ihr zuzustimmen hat. Turnau-Förster II 115. Dies gilt namentlich von der Frage, ob es zu der Eintragungsbewilligung eines Ehemanns der Zustimmung seiner Frau bedarf (vgl. IDR. **1** zu §§ 1395 und 1445 BGB.) und ob ein Vorerbe über eine der Nacherbfolge unterliegende Hypothek nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen darf (vgl. IDR. **1** Ziff. 8 zu § 2113 BGB. u. KGJ. **23** A 250; **27** A 111. Vgl. auch noch IDR. **1** Ziff. 3b zu § 181 u. Ziff. 2a zu § 1630 BGB. und (wegen des Nachweises der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung) IDR. **1** Ziff. 2 zu § 1831 BGB.

Über die Frage, ob durch die Eintragung der Konkurseröffnung das Grundbuch für Eintragungen, welche auf einer Eintragungsbewilligung des Gemeinschuldners beruhen, gesperrt wird, vgl. IDR. **1** Ziff. 2 zu § 878 u. Ziff. 14 zu § 892 BGB., ferner Kretzschmar, Einf. I 113 u. CBlFrG. **2** 815; Reichel, Iherings J. **46** 130.

9. Der Betroffene ist der wirklich Berechtigte, nicht bloß der Buchberechtigte. Entdeckt der Grundbuchrichter, daß das Grundbuch infolge der Verletzung gesetzlicher Vorschriften (z. B. wegen Nichtvollziehung der nach früherem Rechte aufgenommenen Auflassungsverhandlung durch den Richter) unrichtig und also der Buchberechtigte nicht wahrer Berechtigter ist, so hat er einen Widerspruch (GBO. § 54) einzutragen und Anträge des Buchberechtigten oder Anträge anderer, die sich auf dessen Bewilligung stützen, abzulehnen. KGJ. **23** A 117, RJA. **3** 38, R. **02** 205, CBlFrG. **2** 790.

Gegen die Entscheidung wendet sich Frey, CBlFrG. **3** 565: Trotz des Widerspruchs bleibt die Vermutung des § 891 BGB. bestehen. Anderenfalls würde der Widerspruch eine volle oder teilweise Sperre des Grundbuchs verursachen, was nach neuem Rechte ausgeschlossen ist. Vgl. Ziff. 6 zu § 54.

Wegen der Anwendbarkeit des § 185 BGB. auf Eintragungsbewilligungen eines Nichtberechtigten vgl. IDR. **1** Ziff. 2, **2** Ziff. 1 zu § 185 BGB.

10. Die Eintragungsbewilligung erzeugt kein abtretbares Recht auf Eintragung der Hypothek, sondern berechtigt nur, die Hypothek für denjenigen eintragen zu lassen, für den sie bewilligt ist. Wird daher die Eintragung der Hypothek zugunsten des Verkäufers bewilligt, so kann nicht auf Grund dieser Bewilligung die Eintragung für einen Zessionar beantragt werden. Dies ist auch dann nicht zulässig, wenn die Bewilligung „zugunsten des Verkäufers oder seines Übertragsnehmers" oder auch schlechtweg „zugunsten des künftigen Übertragsnehmers" lautete, da die Bewilligung den Gläubiger bestimmt bezeichnen muß. Schröder, Grundbuchentscheidungen II 102.

**§ 20.** 1. Die Vorschrift des § 20, wonach außer der Bewilligung des eingetragenen bisherigen Eigentümers auch noch die Zustimmung des Erwerbers, des neuen Eigentümers erlangt wird, hat ihren Grund darin, daß das Eigentum dem neuen Erwerber nicht bloß Rechte gewährt, sondern auch Verpflichtungen öffentlich-rechtlicher Natur, insbes. in polizeilicher und steuerlicher Hinsicht auferlegt. KGJ. **25** A 98.

2. Streit herrscht darüber, ob im Falle des § 20 außer dem Nachweise der Einigung auch noch eine besondere Eintragungsbewilligung zu fordern ist.

a) Strübe, BadRpr. **03** 136, hält auch bei der Auflassung den Formalakt der Eintragungsbewilligung für unerläßlich und beruft sich auf § 28, wo nicht neben der Eintragungsbewilligung die Auflassung erwähnt ist, und auf § 29. Dagegen:

b) Kretzschmar, Einf. I 84, SächsA. **11** 46: Die Einigung genügt, die Eintragungsbewilligung wird neben ihr nicht gefordert und konnte auch nicht gefordert werden, da die Einigung sachlich nichts anderes ist, als die von dem anderen Teile angenommene Eintragungsbewilligung des Berechtigten. Ebenso Pitel, CBlFrG. 2 84; Heine, ebenda **3** 576; Eschbach, BadRpr. **03** 24. Dagegen bemerkt Kretzschmar, CBlFrG. **4** 363: Die Vorschrift des § 20 wird wohl jetzt allgemein dahin verstanden, daß neben der Einigung der Beteiligten auch noch die Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten beizubringen ist. Daß hier eine besondere Eintragungsbewilligung nicht erforderlich ist, hat seinen Grund darin, daß die Bewilligung in der vorzulegenden Einigung enthalten ist.

c) KGJ. **24** A 231, RJA. 3 143, CBlFrG. **3** 359 (KG.): Bei der Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke genügt als Einigung die Erklärung der Beteiligten, sie seien darüber einig, daß das Eigentum von dem bisher Berechtigten auf den anderen Teil übergeht. Eine ausdrückliche Bewilligung der Eintragung der Rechtsänderung ist weder als Bestandteil der Einigung noch als formelle Voraussetzung der Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Die §§ 19, 20 GBO. stehen in einem Gegensatze zu einander. In den Fällen des § 20 genügt die Bewilligung des Passivbeteiligten zur Eintragung nicht, an die Stelle dieser Bewilligung aus § 19 tritt vielmehr der Nachweis der Einigung, die zugleich die Bewilligung des Passivbeteiligten enthält.

d) **RG. 54** 378, CBlFrG. **4** 26: Eine den Formvorschriften des § 29 entsprechende Einigung reicht in allen Fällen zur Herbeiführung der Eintragung aus. Die Einigung enthält begrifflich die Eintragungsbewilligung und den Eintragungsantrag in sich. Zur Auflassung genügt daher die Formel: „Der Verkäufer bewilligt, daß der Erwerber als Eigentümer des Grundstücks in das Grundbuch eingetragen werde, der Käufer beantragt seine Eintragung nach dieser Bewilligung."

3. Der Grundbuchrichter ist berechtigt und verpflichtet, die Eintragung eines neuen Eigentümers von der formellen und materiellen Wirksamkeit der Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles abhängig zu machen. Er hat deshalb dann, wenn die Auflassungserklärung des eingetragenen Eigentümers (z. B. einer Ehefrau) von der Genehmigung einer anderen Person (des Ehemanns) in ihrer Wirksamkeit abhängig ist, auch den Nachweis fordern, daß die Genehmigung (durch die Erklärung gegenüber dem anderen Teile) wirksam erfolgt ist. KGJ. **24** A 235.

4. Die Entgegennahme der Auflassung steht der nachträglichen Ablehnung der Eintragung nicht entgegen, wenn nachträglich Umstände bekannt werden, welche, wenn sie früher zur Kenntnis des Richters gekommen wären, die Entgegennahme der Auflassung gehindert hätten. KGJ. **25** A 117.

5. Ist auf Grund einer (z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten oder wegen Formmangels) nichtigen Auflassung die Eintragung des Eigentums erfolgt, so erlangt die Eintragung Wirksamkeit, wenn die Beteiligten sich nachträglich in gültiger Form einigen. Es kann deshalb eine mangelhafte Auflassung nach der Eigentumseintragung wiederholt werden, ohne daß es einer Berichtigung des Grundbuchs bedarf, da die Eintragung ihre Wirksamkeit lediglich der nachfolgenden Auflassung entnimmt. Kretzschmar, SächsA. **11** 69.

6. Ist der Anteil eines Miterben an dem Nachlasse (BGB. § 2033) gepfändet (ZPO. § 859), so kann der Erbe über das durch die Pfändung beschränkte Recht nur soweit grundbuchmäßig verfügen, als gleichzeitig die Ein-

tragung der Verfügungsbeschränkung mitbeantragt wird. Deshalb kann die Entgegennahme der Auflassung eines Nachlaßgrundstücks abgelehnt werden, wenn die Eigentumseintragung ohne gleichzeitige Eintragung der Verfügungsbeschränkung verlangt wird. KGJ. 25 A 117.

7. Vgl. noch JDR. **1** Ziff. 7 zu § 925 BGB. (Inhalt der Auflassungserklärung), JDR. **1** Ziff. 3 f., **2** Ziff. 4 zu § 181 BGB. (Vertretung der Auflassungsbeteiligten durch denselben Bevollmächtigten oder durch einen beteiligten Testamentsvollstrecker).

**§ 21.** 1. Kretzschmar, Einf. I 70: Der Grund der Vorschrift des § 21 ist der, daß subjektive dingliche Rechte für die Beleihung eines Grundstücks oder den Erwerb eines an ihm bestehenden Rechtes nur dann mitbestimmend sein werden, wenn das Recht dem Darleiher oder dem Erwerber des Rechtes bekannt geworden ist. Ist das Recht wertvoll, so kann ein solcher Interessent gegen die Gefahr, daß es ohne seine Zustimmung aufgehoben oder geändert wird, dadurch sich sichern, daß er gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 dessen Vermerkung auf dem Blatte des mit seinem Rechte belasteten Grundstücks beantragt. Macht er hiervon keinen Gebrauch, so darf davon ausgegangen werden, daß er auf das Recht kein besonderes Gewicht legt.

2. Eccius, Gruchots Beitr. **46** 447 vertritt die Ansicht, die Regel des materiellen Liegenschaftsrechts im § 876 BGB. bleibe vom § 21 völlig unberührt; erfolge die Löschung oder Abschwächung des Rechtes ohne formelle Zustimmung des Dritten, so sei sie diesem gegenüber ohne Rechtsbestand, wenn er wirklich nicht eingewilligt habe. Dieser könne die Wiederherstellung der gelöschten Eintragung verlangen und darauf gemäß § 894 BGB. Klage erheben. Ebenso Fuchs I 81; Dernburg III § 44; Achilles-Strecker 165; Predari 129; Kretzschmar, SächsA. **11** 71. Dagegen Turnau-Förster II 125: Durch den § 21 wird nicht bloß eine Ausnahme von der Regel des § 19 zugelassen, sondern der Satz 2 des § 876 BGB. abgeschwächt. Erfolgt die Löschung des Rechtes ohne Zustimmung des Dritten, so wird mit der Aufhebung des belasteten Rechtes auch das belastende Recht aufgehoben. Ebenso Staudinger, Anm. 2 b zu § 876 BGB.

**§ 22.** 1. Über das Verhältnis des § 22 zu § 894 BGB. bemerken Turnau-Förster II 126: Der § 22 ergänzt den § 894 BGB. insofern, als er bestimmt, wann die Zustimmung desjenigen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird, zur Berichtigung erforderlich ist. Dieser Zustimmung bedarf es nur dann, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs in anderer Weise nicht nachgewiesen werden kann. Aber wenn dieser Nachweis auch in anderer Weise erbracht werden kann, wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Berichtigung auf Grund der Bewilligung des Betroffenen erfolgt. Denn nicht nur zur Eintragung einer Rechtsänderung, sondern auch zur Berichtigung des Grundbuchs genügt nach der Regel des § 19 die Bewilligung des Passivbeteiligten oder als Ersatz der Bewilligung das rechtskräftige Urteil (ZPO. § 894). Abgesehen davon, daß in manchen Fällen die Unrichtigkeit des Grundbuchs nur durch solche Bewilligung nachzuweisen ist, wird dadurch das Verfahren vereinfacht und die dem Grundbuchamt obliegende Sachprüfung erleichtert. Im Gegensatze hierzu will Kretzschmar, Einf. I 72, SächsA. **11** 39, CBlFrG. **2** 630, **4** 363 eine Eintragungsbewilligung nur soweit gelten lassen, als sie sich als Zustimmung im Sinne des § 894 BGB. darstellt, da anderenfalls dem Antrage der Beteiligten auf Berichtigung des Grundbuchs, z. B. durch Eintragung eines anderen Eigentümers ohne jede Prüfung entsprochen werden müßte, während doch der Grundbuchrichter den ihm vorgetragenen Tatbestand nach der Richtung zu prüfen habe, ob es sich bei der beantragten Eintragung auch in

Wirklichkeit um eine Berichtigung des Grundbuchs handele. Er verlangt daher auch in den Fällen, in denen nach § 894 BGB. die Zustimmung des Betroffenen den an sich erforderlichen Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs ersetzt, doch immer noch die Darlegung, daß es sich bei der beantragten Eintragung um eine Berichtigung des Grundbuchs handle, da die Eintragung einer Rechtsänderung und die Berichtigung des Grundbuchs zwei ganz verschiedene Dinge seien. Gegen ihn Strecker, Buschs Z. **31** 161.

Schweitzer, Eintragungsbewilligung 22, führt aus: Die Eintragungsbewilligung enthält die Zustimmung des § 894 BGB. Sie enthebt den Antragsteller des Beweises der die Eintragung begründenden Tatsachen, nicht aber das Grundbuchamt der Prüfung, ob diese Tatsachen das einzutragende Rechtsverhältnis begründet haben. Diese Tatsachen sind dem Grundbuchamt anzugeben, wozu der Empfänger der Eintragungsbewilligung befugt ist. Läßt die Bewilligung nicht erkennen, daß sie zur Berichtigung des Buches erfolgt sei, so kann sie vom Grundbuchamte nur als die Bewilligung der anderen Kategorie, nämlich der des § 19 GBO. behandelt werden.

2. Kretzschmar, Einf. I 72: Der Nachweis der Unrichtigkeit kann nach GBO. § 29 nur durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden sowie durch Offenkundigkeit geführt werden und bietet hierdurch ausreichende Gewißheit der tatsächlichen Unrichtigkeit des Grundbuchs. Ebenso Oberneck, Gruchots Beitr. **43** 716, OLG. **5** 296 (KG.).

3. Nach Oberneck, Gruchots Beitr. **43** 717, ist die Unrichtigkeit des Grundbuchs zurückzuführen entweder auf Mißgriffe des Grundbuchbeamten — in diesem Falle greift § 54 ein — oder auf einen unwirksamen Rechtsakt, z. B. ein nichtiges oder anfechtbares dingliches Rechtsgeschäft, oder auf außerhalb des Grundbuchs eingetretene Rechtsänderungen, z. B. Rechtserwerb durch Erbgang, Eintritt in ein Gütergemeinschaftsverhältnis, auf Grund gerichtlicher Entscheidungen oder infolge besonderer gesetzlicher Vorschriften.

4. a) Voraussetzung des Berichtigungsanspruchs ist, daß ein dinglicher Anspruch verletzt wird; auf Grund eines bloß persönlichen Anspruchs kann keine Berichtigung verlangt werden. **RG. 53** 375, CBlFrG. **3** 715.

b) Die Eintragung des Rechtes des durch eine Vormerkung Geschützten im Wege der Grundbuchberichtigung ist ausgeschlossen, weil der bloße Anspruch auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes keine Unrichtigkeit des Grundbuchs begründet. Kretzschmar, SächsA. **11** 198.

c) Ein gemäß § 899 BGB. oder § 54 GBO. eingetragener Widerspruch kann im Wege der Berichtigung nicht beseitigt werden, denn weder wird durch seine Eintragung das Grundbuch unrichtig, da es sich nur um eine vorläufige Maßregel handelt, noch fällt der Widerspruch unter den Begriff der Verfügungsbeschränkungen im Sinne des § 22 Abs. 1 Satz 2. Frey, CBlFrG. **3** 561, 564. Auch die Rechtshängigkeit ist keine Verfügungsbeschränkung gemäß Abs. 1 Satz 2. Kretzschmar, CBlFrG. **3** 647; vgl. Predari 193.

5. Die Berechtigung desjenigen, zu dessen Gunsten die Berichtigung erfolgen soll, ist nachzuweisen und wird nicht dadurch ersetzt, daß der eingetragene Eigentümer verurteilt wird, seine Einwilligung zu der Berichtigung zu erteilen. OLG. **2** 410 (KG.). Der Nachweis der Unrichtigkeit muß ein solcher sein, daß jede Möglichkeit einer Verletzung des eingetragenen Berechtigten ausgeschlossen ist. Trägt der Grundbuchrichter aus tatsächlichen, durch Rechtsirrtum nicht beeinflußten Erwägungen Bedenken, durch den Inhalt der vorgelegten Urkunden den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs als erbracht anzusehen, so kann dem

mit der weiteren Beschwerde nicht entgegengetreten werden. OLG. **7** 192 (KG.); SeuffA. **58** 303.

6. Die Berichtigung des Grundbuchs kann nicht deshalb verlangt werden, weil angeblich auf Grund unrichtiger Testamentsauslegung ein unrichtiger Eigentümer (z. B. der Nacherbe statt des Vorerben) eingetragen oder weil bei einer früheren Eintragung eine Urkunde unrichtig ausgelegt worden sei, denn es würde auf eine Gesetzesumgehung hinauslaufen, die durch das Gesetz versagte Beschwerde gegen eine vorhandene Eintragung (§ 71 Abs. 2) unter dem Namen einer Grundbuchberichtigung zuzulassen. Der Nachweis der vermeintlichen Unrichtigkeit des Grundbuchs muß deshalb auf Grund anderweiter Urkunden, z. B. eines Anerkenntnisses oder eines gegen den von der Eintragung Betroffenen ergangenen Urteils, erbracht werden. OLG. **5** 295 (Celle), OLG. **7** 28 (KG.), RJA. **3** 258.

7. Das Berichtigungsverfahren nach § 22 darf nicht dazu benutzt werden, die Anfechtung einer vom Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommenen Eintragung im Beschwerdewege zu beseitigen (§§ 54, 71). **RG. 55** 408, JW. **03** 422, R. **04** 82. Deshalb kann der Vorerbe die Beseitigung der Eintragung eines unrichtigen Nacherben nicht mittels Berichtigung fordern. OLG. **2** 258 (KG.). A. M. Kretzschmar, Einf. I 136. Auch ein Verstoß gegen die §§ 17, 46 Abs. 1, 2 der GBO. begründet keine Unrichtigkeit des Grundbuchs. CBlFrG. **2** 713 (Dresden) und dazu die Bemerkungen Kretzschmars 715 ff.

8. Eine Berichtigung kann nur erfolgen, wenn die Unrichtigkeit noch gegenwärtig besteht. Ist daher seinerzeit der Vorerbe als unbeschränkter Eigentümer eingetragen worden, während sein Recht durch das Warterecht des Nacherben beschränkt war, so kann diese Beschränkung nicht mehr nachgetragen werden, wenn inzwischen der Vorerbe gestorben ist, vielmehr kann in diesem Falle die Berichtigung nur in der Weise erfolgen, daß nunmehr die Nacherben als Berechtigte eingetragen werden. Hierzu bedarf es nicht der Einwilligung der Erben des Vorerben, weil § 22 nicht die Zustimmung des Bucheigentümers oder seiner allgemeinen Rechtsnachfolger, sondern nur die des einzutragenden wahren Eigentümers fordert. KGBl. **14** 42 (KG.).

9. Der § 22 umfaßt seinem Wortlaute nach alle Unrichtigkeiten, die ein Grundbuch aufweist, nicht bloß, wenn durch Versehen des Grundbuchbeamten oder aus sonstigen Gründen etwas Unrichtiges eingetragen ist, sondern auch, wenn der ursprünglich richtige Inhalt des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage nicht mehr im Einklange steht. Daraus ist allerdings nicht zu folgern, daß jede auch noch so unwesentliche Unrichtigkeit nur nach Maßgabe des § 22 behoben werden kann, vielmehr ist mit Rücksicht darauf, daß der § 22 die Bewilligung desjenigen, dessen Recht von der Berichtigung betroffen wird, nicht für erforderlich erklärt, anzunehmen, daß eine solche Unrichtigkeit gemeint ist, durch die ein Recht überhaupt betroffen werden kann. Eine solche liegt vor, wenn das Verzeichnis der Grundstücke die Bestandteile unrichtig aufweist, da diese Frage den Umfang des Eigentumsrechts des eingetragenen Eigentümers betrifft. KGJ. **25** A 104. Dasselbe gilt, wenn ein Trennstück von dem Bestandsverzeichnis eines Grundstücks abgeschrieben und als zu einem anderen Grundstücke gehörig in das Bestandsverzeichnis des letzteren eingetragen werden soll. KGJ. **25** A 106, woselbst auch eingehend die Frage erörtert und bejaht ist, ob ein Rechtserwerb in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs der Berichtigung entgegensteht; vgl. JDR. **1** Ziff. 4 zu § 892 BGB.

10. Einzelne Fälle.

a) Ein Hauptanwendungsfall des § 22 ist der, daß ein befriedigter Hypothekengläubiger zwar über den Empfang des Geldes quittiert, aber keine

Löschungsbewilligung erteilt hat. ThürBl. 49 107 (Jena). Danach bedarf im Falle der Vereinigung einer Hypothek mit dem Eigentume zufolge Befriedigung des Gläubigers, da mit der Vereinigung das Grundbuch unrichtig wird (§§ 1144, 1145 BGB.), der Eigentümer zur Umschreibung oder Löschung der Hypothek nicht der Bewilligung des Gläubigers. KGJ. 25 A 101; vgl. OLG. 1 479. Ist eine Gesamthypothek durch den Eigentümer des einen der verpfändeten Grundstücke getilgt und deshalb auf seinem Grundstücke gelöscht worden, so ist die Berichtigung des Grundbuchs der mitverpfändeten Grundstücke und die Löschung auf diesen Grundstücken erst zulässig, wenn feststeht, daß dem Grundstückseigentümer, der die Hypothek getilgt hat, keine Ersatzansprüche gegen die Eigentümer der anderen Grundstücke (BGB. § 1173 Abs. 2) gegeben sind. KGJ. 24 A 255.

b) Ein Fall der Berichtigung ist gegeben, wenn der eingetragene Hypothekengläubiger gestorben und die Hypothek durch Erbgang auf seinen Erben übergegangen ist. Weist daher der Erbe seine Erbfolge durch einen Erbschein nach und legt er gleichzeitig den Hypothekenbrief vor, so braucht er den an das Grundbuchamt gerichteten Antrag, ihn als Gläubiger der Hypothek einzutragen, nicht gemäß § 29 öffentlich beurkunden oder beglaubigen zu lassen. KGJ. 22 A 154.

c) Ein Fall der Berichtigung ist gegeben, wenn bei Abschreibung eines Trennstücks auf dieses eine Grunddienstbarkeit mitübertragen worden ist, obwohl feststeht, daß dieses Trennstück außerhalb des Bereichs der Ausübung der Dienstbarkeit liegt (BGB. § 1026), KGJ. 24 A 118. Dagegen liegt eine Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht schon deshalb vor, weil bei Abschreibung eines Trennstücks auf dieses Hypotheken mitübertragen worden sind, obwohl bereits vor deren Eintragung zugunsten des Erwerbers eine Vormerkung zur Sicherung seines Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an dem abgeschriebenen Grundstücke vermerkt war. Der Erwerber hat nur gemäß §§ 888, 894 BGB. das Recht, von dem Gläubiger die Zustimmung zur Löschung zu verlangen. Zu einer Löschung von Amts wegen fehlt es an einen gesetzlichen Anhalte, vielmehr muß dem Gerichte die im § 22 erwähnte Unrichtigkeit in der Form des § 29 nachgewiesen werden. OLG. 5 296, PosMschr. 02 144 (KG.).

d) Ein Fall der Berichtigung ist gegeben, wenn Rechte im Grundbuche noch als bestehend eingetragen sind, die in Wirklichkeit kraft Gesetzes, z. B. nach dem preußischen Ablösungsgesetz, erloschen sind. Da nach dem Gesetze vom 2. März 1850 die Rentenpflicht mit Zahlung des Ablösungskapitals kraft Gesetzes aufhört, so ist die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen, wenn die Zahlung des Ablösungskapitals durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Quittung dargetan wird. Zu den Löschungsersuchen der Regierung ist die Einwilligung des Grundstückseigentümers nicht erforderlich; der § 27 Abs. 1 betrifft nur Rentenschulden im Sinne der §§ 1199 ff. BGB. OLG. 6 203, 7 374 (KG.). Zu den kraft Gesetzes erloschenen Rechten gehört jedoch nicht das vertragsmäßig vorbehaltene Vorkaufsrecht des Erbzinsherrn und eine damit im Zusammenhange stehende Baubeschränkung. Berechtigter ist in diesem Falle derjenige, welcher Inhaber der Berechtigung wäre, wenn das Obereigentum nicht aufgehoben worden wäre. OLG. 6 203 (KG.).

e) Wird das Bestehen einer Grundgerechtigkeit, deren Eintragung der Berechtigte gemäß Art. 187 des EGzBGB. beantragt, nachgewiesen, so bedarf es zu der Eintragung nicht der Bewilligung des Eigentümers des belasteten Grundstücks. OLG. 8 129 (KG.).

f) Ein Fall der Berichtigung ist gegeben, wenn einem Miterben oder einem Dritten bei der Auseinandersetzung die Anteile der übrigen Miterben an dem Nachlasse (mit dinglicher Wirkung, vgl. BGB. § 2033) übertragen worden

sind. Zur Umschreibung des Eigentums an dem zum Nachlasse gehörenden Grundstück auf den Namen des Miterben oder des Dritten bedarf es daher keiner Auflassung. RJA. 3 262 (KG.), OLG. 5 426 (KG.).

Hat ein Miterbe vor Teilung des Nachlasses unzulässigerweise seinen Anteil an dem Nachlaßgrundstück an einen Dritten aufgelassen, so hat der Erwerber wegen Gegenstandslosigkeit der Auflassung trotz seiner Eintragung kein Miteigentum erlangt, es bedarf daher zur weiteren Auflassung des Grundstücks zunächst der Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des wahren Eigentümers, selbst wenn gemäß § 54 ein Widerspruch von Amts wegen eingetragen worden ist. OLG. 8 188 (KG.).

g) Ein Fall der Berichtigung kann gegeben sein, wenn nachgewiesen wird, daß ein als aufschiebend bedingt eingetragenes Recht durch den Ausfall der Bedingung hinfällig geworden ist. CBlFrG. 1 767 (LG. Dresden).

h) Ist auf einem Grundstücke, nachdem das Grundbuchamt den Antrag auf Eintragung einer Eigentumsänderung abgelehnt hatte, während des wegen der Abweisung des Antrags schwebenden Beschwerdeverfahrens eine Hypothek eingetragen worden, so kann, auch wenn das Beschwerdegericht die Eintragung der Eigentumsänderung anordnet, die Löschung der Hypothek nicht erfolgen. Eine Ausnahme tritt nur ein, wenn die Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 oder des § 54 Abs. 1 gegeben sind. OLG. 4 496 (Colmar); SächsOLG. 24 67.

Wegen der Berichtigung des Grundbuchs im Falle einer sogenannten Parzellenverwechselung vgl. JDR. 1 Ziff. 4 und 2 Ziff. 1 zu § 892 BGB.

11. Zu Abs. 2.

a) Der Abs. 2 des § 22 steht zum Abs. 1 in demselben Verhältnisse wie der § 20 zum § 19. Da der Erwerb des Eigentums nicht nur Rechte gewährt, sondern auch Verpflichtungen öffentlich-rechtlicher Natur auferlegt, ist im Abs. 2 des § 22 gegenüber der Vorschrift des Abs. 1, wonach der bloße Nachweis der Unrichtigkeit genügt, für den Fall der Berichtigung durch Eintragung eines neuen Eigentümers, wie im § 20, das weitere Erfordernis der Zustimmung des letzteren aufgestellt. Daß dies die Bedeutung des § 22 Abs. 2 ist, ergibt auch deutlich sein Wortlaut, denn der „Eigentümer", durch dessen Eintragung das Grundbuch berichtigt werden soll, und der „Eigentümer", dessen Zustimmung hierzu erforderlich sein soll, können nur eine und dieselbe Person, nämlich derjenige sein, der als Eigentümer eingetragen werden soll. Es bedarf hiernach, abgesehen von dem Ausnahmefalle des § 14, zur Berichtigung des Eigentums hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse außer dem Nachweise der Unrichtigkeit nur der Zustimmung desjenigen, der, ohne eingetragen zu sein, bereits wahrer Eigentümer ist, nicht auch desjenigen, der als Eigentümer eingetragen ist. Hiernach bedarf es auch nicht der Zustimmung des eingetragenen Eigentümers zu der Berichtigung des Grundbuchs durch Abschreibung eines Trennstücks, welches tatsächlich im Eigentum eines anderen steht. KGJ. 25 A 103, OLG. 5 297; vgl. RJA. 1 159, OLG. 1 479. Übereinstimmend Scholz, ElsLothrJZ. 27 212. Die Unrichtigkeit muß aber nachgewiesen sein. Hierzu genügen regelmäßig nicht Angaben oder Bescheinigungen der einen Seite der Beteiligten ohne Anhörung des bisherigen Eigentümers. OLG. 6 197 (KG.), R. 03 434 (Colmar).

Im Gegensatze hierzu fordert das OLG. 4 187 (Colmar), CBlFrG. 2 729 auch die Zustimmung des Bucheigentümers oder, wenn der Bucheigentümer die Berichtigung beantragt und damit zugleich bewilligt, die Zustimmung des wahren Eigentümers.

b) Saar, R. 01 43, wendet sich gegen die Ansicht Oberneck's 230, welcher ausführt, nach § 22 Abs. 2 bedürfe die Berichtigung des Grundbuchs durch Ein=

tragung des wahren Eigentümers noch dessen Zustimmung neben der formgerechten Eintragungsbewilligung des bloßen Buchberechtigten, falls nicht nach § 14 gegen den Buchberechtigten ein zur Eintragung fähiger vollstreckbarer Titel vorliege. Er findet hierin eine irrige Operation mit § 14. Will der wahre Eigentümer seine Eintragung im Wege der Berichtigung herbeiführen, so bleibt § 14 ganz außer Betracht und der Berichtigungsanspruch ist dem Grundbuchamte gegenüber durch Vorlage öffentlicher Urkunden zu begründen, die den Nachweis für den außerhalb des Grundbuchs vollzogenen Eigentumsübergang erbringen. In Beobachtung des § 22 Abs. 2 ist der Antrag, sofern durch ihn zugleich seine Zustimmung ersetzt werden soll, in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde einzureichen (§§ 29, 30 GBO.). Will ein Dritter die Eintragung des wirklichen Eigentümers herbeiführen, so hat er ebenfalls die Urkunden über den Eigentumsübergang vorzulegen; der Zustimmung des wirklichen Eigentümers bedarf es aber nicht, wenn der Dritte einen gegen diesen vollstreckbaren Titel hat, auf Grund dessen eine Eintragung im Grundbuche vollzogen werden kann.

c) Ist im Anschluß an die Auflassung ein Grundstück statt auf den Namen des Erwerbers aus Versehen auf den Namen eines anderen eingetragen worden, so ist der Erwerber bei der Berichtigung nicht beteiligt, da er nur den Anspruch hat, als Eigentümer eingetragen zu werden, vielmehr sind nur der zu Unrecht Eingetragene und der Auflassungsgeber die Beteiligten. Die Berichtigung hat dadurch zu erfolgen, daß zunächst der Auflassungsgeber wieder als Eigentümer eingetragen wird (§ 40 Abs. 1); erst dann kann der Erwerber eingetragen werden, ohne daß es einer nochmaligen Wiederholung der Auflassung bedarf. Der Zustimmung des zu Unrecht Eingetragenen zur Berichtigung bedarf es nicht (§ 22 Abs. 1), dagegen ist die Zustimmung des Auflassungsgebers in der im § 29 vorgeschriebenen Form erforderlich (§ 22 Abs. 2). KGJ. **26** A 245, OLG. 8 211, ZBlFrG. **4** 839.

d) Mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 22 Abs. 2 bedarf der Antrag des Eigentümers und so insbesondere des Erben auf Berichtigung des Grundbuchs durch seine Eintragung als Eigentümer im Hinblick auf § 30 der im § 29 vorgeschriebenen Form. Kretzschmar, Einf. I 73; Achilles-Strecker 276; Oberneck, Gruchots Beitr. **43** 722. A. M. Turnau-Förster II 215. Steht das Eigentum mehreren gemeinschaftlich, sei es nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand, zu, so bedarf es zur Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Eigentümers, sofern nicht der Fall des § 14 vorliegt, der Zustimmung sämtlicher Eigentümer, da jeder einzelne durch den Eigentumsübergang Pflichten, namentlich solche öffentlich-rechtlicher Art, übernimmt. Diese Zustimmung muß auch dann nachgewiesen werden, wenn etwa ein Anspruch auf deren Erteilung durch § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB. begründet ist. KGJ. **25** A 116, RJA. **3** 199, ZBlFrG. **3** 682, R. **03** 49. Ebenso Kirschstein, DJZ. **02** 317 in Bekämpfung der Ansicht des LG. Halle, NaumbAK. **01** 115, welche den unbeglaubigten Antrag eines Miterben für ausreichend erachtet.

e) Der Zustimmung des Erben zur Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Eigentums der Erben bedarf es auch dann, wenn ein Testamentsvollstrecker kraft seines Amtes die Berichtigung beantragt. Die Person des Erben hat er hierbei gemäß § 36 Abs. 1 auszuweisen. Kretzschmar, ZBl. FrG. **2** 720.

f) Schwarz, HessRspr. **3** 167: Ein nur an den gütergemeinschaftlichen Ehemann aufgelassenes Grundstück kann auf den Namen der beiden Eheleute als Gesamtgut der Gütergemeinschaft nicht ohne weiteres auf den bloßen Antrag des Mannes (vgl. Lenel, DJZ. **00** 289), sondern nur dann eingetragen werden, wenn die Ehefrau zugestimmt hat. Dies ergibt sich aus der entsprechend

anwendbaren Vorschrift des § 22 Abs. 2 GBO.; vgl. OLG. 5 427 (KG.). ➺ Die Zustimmung der Ehefrau kann für diese von dem Ehemanne nur auf Grund besonderer Vollmacht erklärt werden, da der gütergemeinschaftliche Ehemann als solcher nicht schon kraft Gesetzes befugt ist, seine Ehefrau zu vertreten. ⇜

**§§ 23, 24.** 1. Auf den hier vorgesehenen Widerspruch findet § 894 BGB. keine Anwendung, da es an einem Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs fehlt, vielmehr hält der Berechtigte die Richtigkeit der Eintragung aufrecht. Die Löschung des Widerspruchs kann erfolgen, wenn die Unrichtigkeit der darin liegenden Verfügungsbeschränkung, z. B. die Bezahlung der Leistungsrückstände nachgewiesen wird (§ 22 Satz 2). Frey, CBlFrG. **3** 562.

2. Zur Geltendmachung des Widerspruchs ist die Form des § 29 zu wahren, da es sich um eine zu seiner Eintragung erforderliche Erklärung handelt. Turnau-Förster I 133; Böhm 398; Brachvogel-Frydrychowicz 213. A. M. Achilles-Strecker 218; Willenbücher 43; Kretzschmar, Einf. I 74, welcher in Übereinstimmung mit Achilles-Strecker 219 auch eine Legitimation des Widersprechenden nicht für erforderlich erachtet.

3. Kretzschmar, SächsA. **11** 70: Wird das Recht ohne Zustimmung des Berechtigten gelöscht und sind noch Leistungen aus dem Rechte rückständig, so ist durch die Löschung das Grundbuch unrichtig geworden und der Berechtigte oder sein Rechtsnachfolger kann die Berichtigung des Grundbuchs durch Wiedereintragung des Rechtes beantragen. Freilich wird er die Berichtigung kaum ohne Zustimmung des Eigentümers zu erwirken vermögen, denn zu der Berichtigung ohne diese Zustimmung müßte er nach § 22 Abs. 1 nachweisen, daß noch Leistungen rückständig sind. Insoweit wird durch die Löschung die Beweislast umgekehrt (BGB. § 891 Abs. 2). Beweist der Berechtigte aber, daß noch Leistungen rückständig sind, so kann er von dem im Prozesse belangten Eigentümer die Zustimmung zu der Wiedereintragung des Rechtes verlangen.

4. Zu den Rechten, bei welchen Rückstände ausgeschlossen sind, gehört das Wohnungsrecht, nicht aber der Nießbrauch. Vgl. Achilles-Strecker und Brachvogel-Frydrychowicz zu § 23 GBO. A. A. bezüglich des Nießbrauchs LG. Straßburg v. 6. 10. 02, Schröder, Grundbuchentscheidungen II 106.

**§ 25.** 1. Zur Herbeiführung der Löschung findet eine Vermittelung des Prozeßgerichts nicht statt; diese ist im § 941 ZPO. nur als Ersuchen um Eintragung auf Grund der einstweiligen Verfügung, nicht als Ersuchen um Löschung der erfolgten Eintragung zugelassen. Turnau-Förster II 135.

2. Eine auf Grund einstweiliger Verfügung eingetragene Vormerkung, die einen zum eingebrachten Gute einer Frau gehörigen Anspruch sichern soll, kann zur Vollstreckung einer die Verfügung aufhebenden Entscheidung nur dann gelöscht werden, wenn diese Entscheidung auch dem Manne gegenüber ergangen ist (ZPO. § 739). Denn wie es eine Verfügung über eingebrachtes Gut ist (BGB. § 1400), wenn die Frau die durch eine Vormerkung für einen persönlichen Anspruch erlangte dingliche Sicherheit aufgibt, so ist es eine Zwangsvollstreckung in eingebrachtes Gut, wenn die Vormerkung zufolge eines Urteils gelöscht werden soll. KGJ. **22** A 136, OLG. **3** 4.

3. Aus § 25 folgt, daß bei einer auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragenen Vormerkung auf Antrag nachträglich vermerkt werden darf, daß der Eigentümer zur Bewilligung der Eintragung der Vormerkung rechtskräftig verurteilt sei, weil dann die Vormerkung nur noch mit seiner Bewilligung gelöscht werden darf. KGJ. **20** A 79.

**§ 26.** 1. Die Vorschrift bezweckt, Zweifel darüber abzuschneiden, ob bei einer außerhalb des Grundbuchs erfolgten Abtretung oder Belastung einer Briefhypothek (BGB. § 1154 Abs. 1) eine Unrichtigkeit des Grundbuchs, die

berichtigt werden kann, vorliegt; es ist damit auf diesen Fall die Anwendung des § 22 Abs. 1 sichergestellt. Kretzschmar, SächsA. **11** 42; Einf. I 75. Vgl. Schweitzer, Eintragungsbewilligung 28, welcher die in Abs. 1 und im § 23 vorgesehene Eintragungsbewilligung zur Kategorie der Bewilligungen des § 22 rechnet.

2. Als „Abtretungserklärung" hat auch die in einem Erbvergleich enthaltene „Überweisung" von Nachlaßhypotheken zu gelten, da sie die deutliche Äußerung des Willens des Erben enthält, die Hypothek des Erblassers auf den Miterben als neuen Gläubiger zu übertragen. OLG. **7** 372 (KG.); ElsLothrIZ. **02** 514 (LG. Straßburg).

3. Die gerichtliche Versteigerungsanordnung und das Versteigerungsprotokoll sind für den Grundbuchrichter keine genügende Unterlagen zur Umschreibung einer versteigerten Hypothek. PosMschr. **02** 134 (KG.).

**§ 27.** 1. Zur Löschung der (Brief- oder Buch-) Hypothek bedarf es in allen Fällen der Zustimmung des Eigentümers, ohne Unterschied, ob es sich um Aufhebung der Hypothek durch Rechtsgeschäft oder um die Berichtigung des Grundbuchs handelt, da im Interesse der Buchführung die Löschung der Hypothek allgemein von der Zustimmung des Eigentümers abhängig gemacht ist. Turnau-Förster II 139. Dies gilt nach der herschenden Ansicht selbst für den Fall, daß die Entstehung einer Eigentümerhypothek ausgeschlossen ist, insbes. wenn ein Gläubiger eine auf mehreren Grundstücken ruhende Gesamthypothek auf die einzelnen Grundstücke verteilt (§ 1132 Abs. 2) oder wegen dieser Gesamthypothek eines der verpfändeten Grundstücke aus der Mithaft entläßt, also insoweit auf die Hypothek an dem mitbelasteten Grundstücke verzichtet (§ 1175 Abs. 1 Satz 2). OLG. **3** 225 (KG.), RIA. **2** 240, KGI. **24** A 135, OLG. **4** 317, KGI. **25** A 318. Die Richtigkeit dieser Entscheidungen bekämpft Frick, R. **02** 175, indem er aus dem Zusammenhange der Formvorschriften der GBO. mit dem materiellen Liegenschaftsrechte folgert, daß der Eigentümer an der Nichtlöschung einer Hypothek nur dann ein Interesse habe, wenn die Entstehung einer Eigentümerhypothek möglich sei. Auch v. Jacubezky, Gruchots Beitr. **46** 65, hält in jenen Fällen die Zustimmung des Eigentümers nicht für erforderlich, da es sich bei ihnen nicht unmittelbar um die Löschung der Hypotheken auf den pfandentlassenen Grundstücken, sondern um die Verteilung des Betrags auf die einzelnen Grundstücke und um den Verzicht auf die Hypotheken zu jenem Betrage handle. Auch Oberneck, DNotVZ. **02** 12, erachtet im Falle des § 1132 Abs. 2 BGB. die Zustimmung des Eigentümers zur grundbuchmäßigen Darstellung der Verteilung nicht für erforderlich.

Verteilt der Gläubiger einer Gesamthypothek diese durch notarielle Erklärung auf die einzelnen Grundstücke und beantragt er die Löschung der Beträge, für welche die Grundstücke nicht mehr haften sollen, so bedarf es zur Löschung der Zustimmung der beteiligten Eigentümer. Oberneck, DNotVZ. **02** 12.

Einzelne Fälle.

a) Zur Löschung einer auf dem Grundstücke mehrerer Miteigentümer eingetragenen Hypothek bedarf es der Zustimmung aller Miteigentümer in der in den §§ 29, 30 der GBO. vorgesehenen Form. Ist dies geschehen, so kann der Löschungsantrag (§ 13 GBO.) von jedem Miteigentümer gestellt werden. KGI. **20** A 209, RIA. **1** 120, OLG. **1** 292. Dies gilt auch für die Löschung von Zinsprozenten. OLG. **8** 209 (KG.).

b) Verzichtet ein Gläubiger auf seine Hypothek (BGB. § 1168), so hat die Eintragung der Verzichtserklärung auf Antrag des Gläubigers ohne Einwilligung des Grundstückseigentümers im Grundbuche zu erfolgen. Zur Löschung der Hypothek auf Grund der Verzichtserklärung bedarf es dagegen der Zustimmung

des Grundstückseigentümers, dessen Recht durch die Löschung betroffen wird. OLG. 6 101 (Colmar). Durch die Eintragung eines solchen Verzichts kann übrigens der Gläubiger einer Zwangshypothek es ermöglichen, daß die vollstreckbare Forderung auf einem anderen Grundstücke seines Schuldners eingetragen wird (vgl. ZPO. § 867), ohne er daß hierzu der Zustimmung seines Schuldners bedarf. SächsOLG. 23 87; Oberneck, DNotVZ. 02 191.

c) Zur Löschung einer Hypothek muß der neue Eigentümer seine Zustimmung geben, auch wenn der Grundbuchrichter vor der Eintragung des neuen Eigentümers die Löschung hätte bewirken sollen. OLG. 4 492 (KG.).

d) Zur teilweisen Löschung einer Sicherungshypothek bedarf es der Löschungsbewilligung des Gläubigers und der Zustimmung des Eigentümers in beglaubigter Form (§ 29). OLG. 3 442 (Dresden).

e) Zur Löschung der Vormerkung einer Hypothek ist die Löschungsbewilligung des Vorgemerkten ausreichend. Der Bewilligung des Belasteten bedarf es nicht. Reichel, Iherings J. 46 175.

f) Ist der Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner, so genügt seine Zustimmung zur Löschungsbewilligung (§§ 1164, 1174 BGB). ElsLothr. NotZ. 04 95 (Colmar).

g) Sind gütergemeinschaftliche Eheleute als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen, so bedarf es zur Löschung einer das Grundstück belastenden Hypothek nur der Zustimmung des Mannes, nicht auch der Frau, da der Mann berechtigt ist, mit Wirksamkeit für das Gesamtgut Hypotheken zu veräußern und löschen zu lassen (§ 1443). Die Frau kann ihre Zustimmung nicht verweigern und braucht sie deshalb auch nicht zu erteilen. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Kinder, wenn die mit ihren Kindern in elterlicher Gewalt eingetragene Mutter die Löschung beantragt. KGJ. 22 A 140, OLG. 3 226.

h) Ist der Witwe die freie Verfügung über den Nachlaß durch Testament des Erblassers eingeräumt, so ist sie ermächtigt, über den Nachlaß, auch soweit daran die Kinder des Erblassers als Miterben teilnehmen, zugleich in Vertretung der Kinder zu verfügen und demgemäß allein die Löschung einer auf dem Nachlaßgrundstück eingetragenen Nachlaßschuld zu beantragen. OLG. 1 55 (KG.), KGBl. 11 45.

i) Beantragt ein Grundstückseigentümer die Löschung einer Hypothek, die er selbst als Testamentsvollstrecker bewilligt hat, so reicht diese Bewilligung nicht aus, weil sie ein Zeugnis in eigener Sache ist (BGB. § 181). OLG. 8 31 (KG.)

2. Soll eine Löschung auf Ersuchen einer zuständigen Behörde erfolgen, so bedarf es weder der Bewilligung des Gläubigers, noch der Zustimmung des Eigentümers. Turnau-Förster II 141. Beantragt daher die Generalkommission, soweit sie hierzu zuständig ist, die Löschung einer Hypothek, so wird die Zustimmung des Eigentümers durch das Ersuchen der Behörde (§ 39) ersetzt. OLG. 3 227 (KG.).

Zur Löschung eines für die Pommersche Landschaft (KabO. vom 26. 10. 57 und Allerh. Erl. vom 20. 11. 99) eingetragenen Pfandbriefdarlehns bedarf es der Zustimmung des Eigentümers; sie wird nicht, wie dies z. B. bei dem Kur- und Neumärkischen Ritterschaftlichen Kreditinstitute der Fall ist (KGJ. 17 104), durch das Ersuchen der Landschaft um Löschung (GBO. § 39) ersetzt. KGJ. 21 A 117, RJA. 1 157.

3. Über die Frage, wie eine für den Löschungszweck bestimmte Quittung aussehen soll, herrscht Streit. Martinius, DJZ. 00 138, folgert daraus, daß der Grundstückseigentümer, wenn er zugleich persönlicher Schuldner ist, schon mit der Zahlung die Hypothek als Eigentümerhypothek erwirbt, der

Gläubiger nach dem Bekenntnisse des Zahlungsempfanges zur Erteilung der Löschungsbewilligung nicht mehr befugt sei und daß er daher, wenn er zur Löschungsbewilligung berechtigt sein solle, diese vor der Quittungserteilung erklären müsse. Hiergegen wendet sich Schröbter, CBlFrG. 1 928, mit dem Hinweise darauf, daß schon mit der Zahlung, nicht erst mit dem Bekenntnisse der Zahlung der Eigentümer die Hypothek erwerbe und daß es daher unerheblich sei, wann der Gläubiger die Quittungserklärung abgebe. Er hält aber auch nach der Zahlung den Gläubiger zur Abgabe der Löschungsbewilligung für befugt, weil dies mit Wissen und Willen des Grundstückseigentümers geschehe. Liegt nur eine Forderungsquittung des Gläubigers (ohne gleichzeitige Löschungsbewilligung) vor, so verlangt das LG. Köln, CBlFrG. 1 618, im Hinblick auf § 29 Abs. 2 GBO., daß die Quittung in einer öffentlichen Urkunde enthalten, also gerichtlich oder notariell aufgenommen sein müsse. Metzges, CBlFrG. 1 927, hält dagegen eine nur öffentlich beglaubigte Quittung für ausreichend, da die Quittung (im Sinne des § 29 Abs. 1) die zur Eintragung der Löschung erforderliche Urkunde sei, indem sie die Erklärung des Berechtigten enthalte, daß er vom Eigentümer befriedigt sei. Hiergegen wendet Dronke, CBlFrG. 1 960 (Anm.) ein, daß die Quittung als bloßes Empfangsbekenntnis weder eine Eintragungsbewilligung, noch eine sonstige zu der Eintragung erforderliche Erklärung enthalte, vielmehr nur als Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs in Betracht komme. Götte, CBlFrG. 1 653, hält auch nach der Zahlung den Gläubiger zwar nicht materiell, aber doch formell als den Berechtigten, dessen Recht von der Eintragung betroffen werde.

**§ 28.** 1. Der Satz 1 des § 28 enthält nur eine Ordnungsvorschrift, deshalb entbehrt eine Eintragung bei Unterstellung der Identität des Grundstücks nicht der Rechtswirkung. Der Grundbuchrichter kann aber die Eintragung beanstanden, wenn das Grundstück nicht in Übereinstimmung mit dem Grundbuche bezeichnet, z. B. bei einem Personalfolium die Nummer des Grundstücksverzeichnisses nicht angegeben ist. OLG. 1 454 (KG.), OLG. 5 298 (KG.).

2. Die dem § 28 entsprechende Grundstücksbezeichnung muß in der Eintragungsbewilligung, soweit eine solche erforderlich ist, enthalten sein. Die Bezeichnung im Eintragungsantrage genügt nicht, sofern dieser nicht die Eintragungsbewilligung (§ 30) ersetzt. Deshalb kann auch ein Notar, der die bewilligte Eintragung beantragt (§ 15), die in der Eintragungsbewilligung enthaltene unzulängliche Grundstücksbezeichnung in seinem Antrage nicht ergänzen. KGJ. 21 A 125, OLG. 5 298 (KG.).

3. Eine Erklärung, durch die eine Eintragung „auf dem Grundvermögen" des Schuldners bewilligt wird, enthält so wenig einen nach § 28 hinreichenden Hinweis auf den gesamten Grundbesitz des Schuldners als einen solchen Hinweis auf einzelne Teile dieses Besitzes. KGJ. 21 A 121, OLG. 1 455, 5 298.

Die grundbuchmäßige Bezeichnung des Grundstücks ist auch erforderlich, wenn der Eigentümer ein anderes als das zu belastende Grundstück nicht besitzt. OLG. 7 336 (KG.). Dagegen LG. Frankfurt a. O., KGBl. 14 50.

4. Die Bezeichnung des Grundstücks kann nur gemäß § 2 Abs. 2 der GBO. durch Bezugnahme auf das amtliche Verzeichnis, in welchem es unter Nummern oder Buchstaben aufgeführt ist, erfolgen; die in das Grundbuch aufzunehmenden Angaben über Bebauungsart, Lage und Flächeninhalt dienen zur Beschreibung, nicht aber zur Bezeichnung des Grundstücks. OLG. 7 333 (München).

Für die Eintragung des Eigentumsüberganges an Grundstücksteilen ist es erforderlich, daß die Teilstücke des Grundstücks in der Eintragungsbewilligung

übereinstimmend mit dem Grundbuche bezeichnet sind. BayrObLG. R. **03** 82. LG. Glogau, BreslAK. **02** 15: Eine zu entpfändende Parzelle braucht nur so bezeichnet zu sein, daß sie von jeder anderen Parzelle hinreichend unterschieden wird. Das Fehlen der Größenangabe ist daher belanglos.

5. Wegen Eintragung der sogenannten Goldklausel s. JDR. **1** Ziff. 3b und **2** Ziff. 3 zu § 1115, ferner noch KGJ. **20** A 194, OLG. **1** 48, RJA. **1** 71, **25** A 155, OLG. **5** 317, RJA. **3** 197, CBlFrG. **3** 680, R. **03** 148.

Perls, Jherings J. **45** 216, hält die hypothekarische Sicherung einer auf ausländisches Geld gehenden Forderung in der Form der Sicherungshypothek für zulässig.

**§ 29.** A. Erklärungen zum Protokolle des Grundbuchamts.

1. Meinungsverschiedenheit herrscht darüber, ob in den Bundesstaaten, in denen die Amtsgerichte zu Grundbuchämtern erklärt sind, auf die Beurkundung solcher Erklärungen die Vorschriften im zehnten Abschnitt des FrGG. über gerichtliche und notarielle Urkunden Anwendung finden. Dafür Achilles-Strecker 142; Strecker, Buschs Z. **31** 163 und Josef, Lehrb. 388. Dagegen hat Frese, CBlFrG. **2** 699, **3** 477, die Ansicht aufgestellt, daß die §§ 167 ff. FrGG. sich nur auf die selbständige Beurkundung von Rechtsgeschäften außerhalb eines anhängigen gerichtlichen Verfahrens beziehen, wenn eine solche Beurkundung gesetzlich vorgeschrieben oder von den Beteiligten gewollt ist. Ebenso v. Wächter-Spittler, CBlFrG. **4** 81. Zweifelnd äußert sich Kretzschmar I 93, indem er bemerkt, daß es sich bei den vor dem Grundbuchamt abgegebenen Erklärungen nicht um die Errichtung einer öffentlichen Urkunde, sondern um die Abgabe der Erklärung von der zuständigen Behörde behufs Einleitung oder Fortführung des auf einer Eintragung abzielenden grundbuchamtlichen Verfahrens handle. Dagegen Josef, Lehrb. 388 und Buschs Z. **29** 167, welcher die Vorschriften der §§ 167 ff. des FrGG. auf die Protokolle des Grundbuchamts über Auflassungen und die im § 29 bezeichneten Erklärungen mit Einschluß der Rücknahme des Eintragungsantrags, des Widerrufs einer Vollmacht zur Stellung eines solchen und der Bestimmung des Eigentümers oder Gläubigers über die Aushändigung des Hypothekenbriefs (§§ 32, 60 Abs. 2) zur Anwendung bringen will, während er bei Verhandlungen mit den Beteiligten über die Ermittelung streitiger Grenzen, über die Anlegung eines Grundbuchblatts, über die Eintragung einer dem Grundstücke zustehenden Gerechtigkeit auf dem Titelblatt oder über Zwangsmaßregeln zur Erwirkung der Vorlegung eines Hypothekenbriefs das Ermessen des Grundbuchamts, ob ein förmliches Protokoll aufzunehmen sei oder ein Aktenvermerk genüge, entscheiden läßt. Einigkeit herrscht aber darüber, daß in den Fällen, in denen die gerichtliche Beurkundung nicht vorgeschrieben ist — und dies ist auch bei der Auflassung (BGB. § 925) der Fall — ein wesentlicher Mangel des Protokolls die Gültigkeit der Eintragung nicht berührt, sofern nur die erforderlichen Erklärungen mündlich vor dem Grundbuchamt abgegeben worden sind. Kretzschmar I 95; Josef, CBlFrG. **3** 309 und AzivPr. **95** 149.

2. Jastrow, Form.Buch II 446 Muster 248: Soll eine Sicherheit zur Abwendung der Untersuchungshaft durch Pfandbestellung mit einem Grundstücke geleistet werden (StPO. §§ 117, 118), so ist der Strafrichter zu ihrer Beurkundung zum Zwecke der Eintragung in das Grundbuch nicht zuständig.

B. Öffentliche Urkunden.

1. Dem Grundbuchamte steht zwar keine Prüfung darüber zu, ob ein Schuldner, gegen den eine Zwangseintragung sich richtet, vom Prozeßgerichte mit Recht verurteilt worden ist, allein es ist im Hinblick auf § 29 berechtigt, den Nachweis

über die ordnungsmäßige Zustellung des Urteils zu verlangen. OLG. **3** 306 (München), BayrObLG. **2** 554.

Die Zustellung eines Kostenfestsetzungsbeschlusses kann auch durch die Bescheinigung des Gerichtsschreibers, welcher die Zustellung von Amts wegen zu bewirken hat, nachgewiesen werden. KGBl. **11** 95 (KG.).

Die materielle Gültigkeit eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses oder einer Vollstreckungsklausel hat das Grundbuchamt nicht zu prüfen. ElsLothr. NotZ. **03** 249 (Metz), SächsOLG. **25** 132.

2. Durch die Erklärung eines Beteiligten, daß ihm der Genehmigungsbeschluß des Vorm.Gerichts mitgeteilt sei, wird der der Vorschrift des § 29 entsprechende Nachweis über die ihm gewordene Mitteilung nicht erbracht. OLG. **7** 365 (Colmar). Vgl. JDR. **1** Ziff. 3a zu § 1829 BGB.

3. Mangelhafte Vermerke über die Persönlichkeit (Identität) der Beteiligten in gerichtlichen oder notariellen Urkunden berechtigen, ohne deren Gültigkeit als öffentliche Urkunden zu beeinträchtigen, den Grundbuchrichter zu deren Beanstandung als geeigneter Grundlagen einer Eintragung wegen ungenügender Feststellung der Persönlichkeit der Erklärenden. Mangelhaft ist z. B. der Vermerk, „die Beteiligten seien glaubhaft bekannt geworden, da sie sich durch Sachkenntnis legitimiert hätten", denn hierdurch wird nicht die Gewißheit (FrGG. § 176 Abs. 3), sondern nur die Wahrscheinlichkeit der Identität der Beteiligten bezeugt. KGJ. **20** A 177, CBlFrG. **2** 724 (LG. Cöln). Dem Grundbuchrichter kann nicht aufgegeben werden, an Stelle der im Protokolle fehlenden Angabe die nachträglich ausgestellte einseitige Bescheinigung des Urkundsbeamten über die Mittel, durch die er sich Gewißheit über die Person eines ihm bis dahin unbekannten Beteiligten verschafft hat, als genügende Grundlage bei der Prüfung der Identität des Beteiligten anzuerkennen. KGJ. **23** A 5.

4. a) Auflassungsvollmachten, die von einer öffentlichen Behörde in eigenen Angelegenheiten ausgestellt sind, sind öffentliche Urkunden, falls sie die vorgeschriebene Form haben, insbesondere in Preußen, ordnungsmäßig unterschrieben und mit Siegel oder Stempel versehen sind (Art. 9 des preuß. AusfGes. z. GBO.). KGJ. **26** A 86, OLG. **7** 365.

b) Bei ordnungsmäßig ausgefertigten Erklärungen inländischer öffentlicher Behörden (z. B. einer städtischen Sparkasse) bedarf es für den Grundbuchverkehr grundsätzlich nicht eines besonderen amtlichen Zeugnisses der Aufsichtsbehörde über die Zugehörigkeit der Unterzeichner der Erklärung zu der Behörde, nur die Organisation dieser Behörde ist im Bedarfsfalle (z. B. durch Beibringung eines Statuts) darzulegen. KGJ. **21** A 101, OLG. **1** 411.

5. Aus § 29 Satz 2 ergibt sich zunächst nicht mehr, als daß über die dort geforderten Voraussetzungen eine öffentliche Urkunde vorhanden sein und ihr Inhalt zur Kenntnis des Grundbuchrichters gebracht sein muß. Ob der Nachweis aber durch die Vorlegung der Urschrift oder einer Ausfertigung zu erfolgen hat oder ob auch eine beglaubigte Abschrift genügt, darüber hat das Gesetz eine Bestimmung nicht getroffen, dies richtet sich vielmehr nach den Umständen des einzelnen Falles. Soweit es auf die Feststellung des Inhalts einer Urkunde ankommt, genügt die Vorlegung einer beglaubigten Abschrift, da diese das Zeugnis der mit der Urkundsbefugnis ausgestatteten Person enthält, daß die Abschrift nach Form und Inhalt der Urschrift entspricht (Preuß. FrGG. Art. 57). KGJ. **25** A 122. Bei der Vollmacht dagegen bildet gerade der Besitz der Vollmachtsurkunde einen wesentlichen Bestandteil der Legitimation, da diese durch Zurückverlangen oder Zurückgabe der ursprünglichen Ausfertigung erloschen sein kann. RJA. **1** 130 (KG.), OLG. **5** 299 (Colmar), R. **02** 433. Dies gilt auch bei Vollmachten von Behörden, OLG. **5** 428 (KG.) und von Bestallungen,

z. B. eines Vormundes oder Pflegers, Kretzschmar, SächsA. 11 51, von Hypothekenbriefen, Inhaberpapieren und vollstreckbaren Titeln. KGBl. 11 62 (LG. Neu-Ruppin). Vgl. Ziff. 2 zu § 33.

Die Notare sind in Preußen durch Art. 31 Abs. 1 Satz 2 des preuß. FrGG. für befugt erklärt, Tatsachen, also auch die Tatsache, daß ihnen bei Abgabe der Erklärung eines Vertreters die Vollmachtsurkunde oder die Bestallung vorgelegt worden sei, zu beurkunden. KGJ. 23 A 120, OLG. 5 196. Die Bescheinigung muß der Formvorschrift des Art. 54 des preuß. FrGG. entsprechen. KGJ. 25 A 120.

6. Die Abschrift des Protokolls über die Sitzung, in der vom Kirchenvorstande dem Pfarrer Auflassungsvollmacht erteilt ist, vermag die Vollmacht nicht zu ersetzen. OLG. 5 428 (KG.).

C. Öffentlich beglaubigte Urkunden.

1. Hat der Grundbuchrichter eine in einer notariell beglaubigten Urkunde enthaltene Eintragungsbewilligung wegen Fehlens einer für die Eintragung wesentlichen Bestimmung zurückgewiesen und die Urkunde zurückgegeben und wird hierauf die fehlende Bestimmung nachträglich in den Text der Urkunde eingeschaltet und die Urkunde wiederum dem Grundbuchrichter eingereicht, so kann dieser nachträglich eingeschaltete Zusatz ohne besondere öffentliche Beurkundung nicht als Unterlage für die Eintragung in das Grundbuch dienen. KGJ. 22 A 125, RJA. 2 101, OLG. 2 497, OLG. 3 306, OLG. 7 336. Vgl. MecklZ. 03 337 (LG. Schwerin).

Im Gegensatze hierzu hält Josef, DNotVZ. 03 551, eine besondere Beglaubigung von Zusätzen dann für entbehrlich, wenn klar liegt, daß die Änderung dem Willen des Ausstellers entspricht, also nur versehentliche Auslassungen, irrige Bezeichnungen oder Schreibfehler zu berichtigen sind.

2. Franck, DJZ. 02 198, erachtet die Beglaubigung der Unterschrift unter einer Blankozession für zulässig, auch wenn es sich um die Abtretung einer Hypothek handelt, da die öffentliche Beglaubigung nur die Unterschrift, nicht auch die darüber stehende Erklärung deckt. Dagegen verlangt Huther, DJZ. 03 292, daß vor der Beglaubigung die über der Unterschrift stehende Erklärung vollständig schriftlich abgefaßt sein müsse, da das BGB. zwei Arten von Beglaubigungen, die bloße Beglaubigung eines Handzeichens (§ 126) und — was § 29 voraussetzt — die Beglaubigung einer Erklärung (§ 129) unterscheide und die Urkundsperson mit der Beglaubigung der Unterzeichnung zugleich stillschweigend das Vorhandensein derjenigen Erklärung, die der Aussteller durch die Unterzeichnung abgeben wolle, beglaubige. Josef, DNotVZ. 03 545, bekämpft diese Unterscheidung, indem er bemerkt, daß das Gesetz trotz der anscheinend entgegenstehenden Fassung des § 129 BGB. eine solche nicht habe aufstellen wollen, daß vielmehr die öffentliche Beglaubigung einer Erklärung lediglich durch Beglaubigung der Unterschrift geschehe und die über der Unterschrift stehende Erklärung durch die Beglaubigung nicht gedeckt werde.

3. Ist in einer beglaubigten Eintragungsbewilligung auf eine mit ihr in beweissicherer Art verbundene Anlage Bezug genommen, so erstreckt sich die beglaubigte Unterschrift auch auf die Anlage. OLG. 4 81 (Karlsruhe), Bad. Rpr. 02 57.

4. Die Zulässigkeit und rechtliche Wirksamkeit der Beglaubigung einer Unterschrift hängt davon ab, daß der auf die Unterschriftsbeglaubigung gerichtete Wille der Beteiligten bis zur Beglaubigung fortdauert und rechtlich fortdauern kann. Dies ist z. B. nicht der Fall, wenn vor der Beglaubigung der Unterschrift der darauf gerichtete Antrag zurückgezogen wird oder der Urheber der Unterschrift stirbt, entmündigt wird oder diejenige Vertretungsmacht

verliert, in deren Betätigung die zu beglaubigende Unterschrift abgegeben worden ist. Hatte daher derjenige, welcher als Vertreter eine Erklärung abgegeben hat, die Vertretungsmacht bereits verloren, als die Beglaubigung seiner Unterschrift erfolgte, so ist die Urkunde als Eintragungsgrundlage nicht geeignet, selbst wenn der Urkundsbeamte bezeugt, daß die Unterschrift an einem früheren Tage geleistet oder anerkannt ist. KGJ. 21 A 276, OLG. 2 390, SeuffA. 56 341.

5. Ist eine unterschriftlich beglaubigte Löschungsbewilligung verloren gegangen, so kann sie nicht durch eine bei den Akten des Notars befindliche beglaubigte Abschrift ersetzt werden, da die Beglaubigung sich nur auf die Übereinstimmung von Urschrift und Abschrift bezieht, die Abschrift selbst sich aber als keine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Löschungsbewilligung darstellt. CBlFrG. 2 887 (LG. Altona).

6. Für Vollmachten zur Bewilligung von Eintragungen in das Grundbuch und zu Auflassungen ist der Nachweis durch öffentlich beglaubigte Urkunden ausreichend, da die Vollmachtserteilung eine rechtsgeschäftliche Erklärung im Sinne des ersten Satzes des § 29 ist. KGJ. 22 A 296, RJA. 2 189, OLG. 3 192. Der Notar ist zuständig zur Bescheinigung, daß ein Vertreter bei Beglaubigung seiner Unterschrift sich im Besitze der Vollmacht befunden hat. KGJ. 23 A 120, OLG. 5 196. Genügend ist die Vorlegung einer beglaubigten Abschrift der Vollmacht. SeuffA. 55 391 (Hamburg); nicht aber genügt ein Auszug aus der Vollmacht. OLG. 5 299 (Colmar). Vgl. auch Ziff. 2 und 3 zu § 30.

7. Ein nach ausländischem Rechte im Auslande wirksam errichtetes eigenhändiges Testament ist im deutschen Grundbuchverkehr als Unterlage für eine Eintragung nicht unmittelbar brauchbar, auch wenn es nach dem Tode des Erblassers durch dessen Angehörige bei der zuständigen ausländischen Behörde formell niedergelegt wird und dadurch nach ausländischem Rechte die Vermutung der Echtheit erhält. KGJ. 27 A 108, OLG. 8 222.

8. Wegen der Unterschriftsbeglaubigung durch einen deutschen Konsul vgl. IDR. 3 bei § 182 FrGG.

D. Offenkundige Tatsachen.

Offenkundig sind auch Vorgänge, welche in den Akten und Registern einer anderen Abteilung des nämlichen Amtsgerichts beurkundet sind und über die sich der Grundbuchrichter jeden Augenblick mit Leichtigkeit durch Einsichtnahme Gewißheit verschaffen kann. OLG. 6 475 (Colmar), CBlFrG. 3 838, SeuffA. 56 302(KG.). Deshalb ist auch zulässig das Begehren der Beteiligten, daß der Erwerber als Eigentümer eingetragen und gleichzeitig das gütergemeinschaftliche Verhältnis durch Übertragung des erworbenen Grundstücks auf den bereits vorhandenen, der Gütergemeinschaft gewidmeten Artikel zum Ausdrucke gebracht wird, wenn das Rechtsverhältnis der Gütergemeinschaft offenkundig, z. B. an der Hand des Eigentümerverzeichnisses sofort zu ermitteln ist (§ 29 Satz 2). OLG. 5 427 (KG.).

**§ 30.** 1. Der Antrag des Eigentümers auf Löschung einer Hypothek, der die Zustimmungserklärung zur Löschung (§ 27) ersetzen soll, bedarf der Form des § 29. KGJ. 24 A 83.

2. Zum Nachweise der Vollmacht genügt es an sich, daß die Vollmacht dem Grundbuchrichter in dem Augenblicke vorgelegt wird, wo die Eintragung erfolgt. Der Vollmachtsnachweis darf sich aber nicht allein darauf erstrecken, daß der Vertreter zur Zeit der Einreichung beim Grundbuchrichter bevollmächtigt gewesen ist, sondern muß (z. B. bei einer Auflassung) dahin gehen, daß der Vertreter auch schon zur Zeit der Einigung und Auflassung die Vertretungsmacht gehabt hat, da, außer dem Falle einer nachträglichen Genehmigung, nur unter dieser Voraussetzung die Auflassungserklärung für den

Vertretenen wirksam wird. OLG. **6** 17 (KG.) Die Vertretungsbefugnis muß noch bei Beglaubigung der Unterschrift vorhanden gewesen sein. OLG. **2** 390, **5** 428 (KG.).

3. Zu dem Antrag auf Eintragung einer Zwangs- oder Arresthypothek, wenn er von einem Prozeßbevollmächtigten gestellt wird, genügt die Vorlegung einer unbeglaubigten Prozeßvollmacht, dagegen ermächtigt diese nicht zum Verzicht auf die Hypothek oder zu deren Aufhebung. Kretzschmar, CBlFrG. **2** 633 f. Meyer, SeuffBl. **66** 341, halten die Vorlegung einer Prozeßvollmacht dann für entbehrlich, wenn der Name des Prozeßbevollmächtigten im Schuldtitel aufgeführt ist. Für die Vollmacht zu einem Prozeßvergleich im Anwaltsprozesse glaubt das LG. Frankenthal, NaumbAK. **04** 48 von der Vorlegung einer Vollmachtsurkunde absehen zu dürfen, während Josef, R. **03** 502, den Nachweis der Vollmacht gemäß § 29 fordert.

4. Auch die Vollmacht zur Einlegung der gegen die Ablehnung eines Eintragungsantrags gerichteten Beschwerde bedarf nicht der Form des § 29. Buschs Z. **30** 153 (LG. Cöln).

5. § 30 bezieht sich nur auf Vollmachten, die auf Rechtsgeschäften beruhen, dagegen ist § 30 nicht anwendbar, wenn es sich um eine auf Gesetz, amtlicher Anordnung oder organisatorischen Bestimmungen (z. B. einer Aktiengesellschaft) beruhende allgemeine Vertretungsbefugnis handelt. Deshalb haben diejenigen Personen, welche als Vertreter einer Aktiengesellschaft Anträge beim Grundbuchamte stellen, den Nachweis zu führen, daß sie zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sind. OLG. **6** 102 (Colmar), ElsLothrJZ. **28** 343.

**§ 31.** Über die Frage, ob § 31 auch zur Anwendung kommt, wenn die Auflassung nicht vor dem Grundbuchamte, sondern (nach landesgesetzlichen Vorschriften) vor einem anderen Amtsgericht oder einem Notar erfolgt, vgl. Rhein. NotZ. **00** 153, 259.

**§ 32.** 1. Die Zurücknahme des Eintragungsantrags muß auf alle Fälle in der Form des § 29 erfolgen, mag der Antrag von dem Beteiligten selbst oder einem Vertreter gestellt sein, mag der Vertreter ein gesetzlicher Vertreter oder Bevollmächtigter sein, mag der Bevollmächtigte auf Grund ausdrücklicher oder vermuteter Vollmacht handeln. CBlFrG. **2** 487 (LG. Cöln); ElsLothrJZ. **26** 342 (Colmar).

2. Wird der Eintragungsantrag formlos zurückgenommen, so steht nichts im Wege, zunächst die beantragte Eintragung zu beanstanden und den Antragsteller zur Wiederholung der Erklärung in gehöriger Form aufzufordern. Sind aber weitere Eintragungsanträge gestellt, so ist, da diese nicht aufgehalten werden dürfen, die Eintragung trotz der Rücknahme des Antrags zur Ausführung zu bringen und den Beteiligten zu überlassen, die Wiederbeseitigung der Eintragung herbeizuführen. Jedoch gilt dies nur für den Fall, daß der zweite Eintragungsantrag begründet ist. Würde der zweite Antrag abzuweisen sein, weil im Hinblick auf die Formlosigkeit der Rücknahmeerklärung dem ersten Antrage stattzugeben wäre, so liegt es im Interesse der Beteiligten, wenn der Grundbuchrichter die Entschließung auf die beiden Anträge aussetzt und die Beteiligten zunächst zur ordnungsmäßigen Erledigung der Angelegenheit auffordert. Kretzschmar, Einf. I 52, SächsA. **11** 24.

3. Vgl. Ziff. C 2 zu § 15 (Zurücknahme des Antrags durch einen Notar).

**§ 33.** 1. Zeugnisse aus dem Handelsregister über die Vertretungsmacht eines Gesellschafters bei der o. HG. dürfen vom Grundbuchrichter nicht schlechthin deshalb beanstandet werden, weil sie älter sind, als die von dem Gesellschafter abgegebene Erklärung; vielmehr ist unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles darüber zu befinden, ob die Vertretungsmacht für

die Zeit der Abgabe der Erklärung als dargetan zu erachten ist. KGJ. 20 A 179, RJA. 1 77, OLG. 1 193. Ebenso Kretzschmar, SächsA. 11 52.

2. Der Registerrichter genügt seiner Zeugnispflicht, wenn er amtlich bescheinigt, welchen Inhalt zu der in Betracht kommenden Zeit das Handelsregister gehabt hat, und zwar auf Verlangen im Umfange des § 9 HGB. Ein weitergehendes Zeugnis zu erteilen, insbesondere zu bescheinigen, welche Person zu der angegebenen Zeit als alleiniges Vorstandsmitglied eingetragen war, ist der Registerrichter nicht verpflichtet. RJA. 1 150.

3. a) Es ist nicht rechtsgrundsätzlich ausgeschlossen, an Stelle der Urschrift des im § 33 vorgesehenen Zeugnisses eine beglaubigte Abschrift des Zeugnisses beizubringen. Aus besonderen Gründen kann aber im Einzelfalle die Vorlegung der Urschrift verlangt werden, wenn der Nachweis durch die beglaubigte Abschrift nicht genügend erscheint, z. B. bei Mängeln der Urschrift, die in der Abschrift sich zeigen, oder bei Mängeln der Abschrift oder des Beglaubigungsvermerkes. KGJ. 20 A 285. Ebenso Kretzschmar, SächsA. 11 52, welcher bemerkt, daß das Zeugnis des Registergerichts nur beweist, daß zu einer bestimmten Zeit gewisse Tatsachen im Register eingetragen gewesen sind, dieser Beweis aber auch durch eine beglaubigte Abschrift des Zeugnisses erbracht wird.

b) Der Nachweis der Befugnis zur Vertretung einer Handelsgesellschaft kann nicht nur durch ein Zeugnis über die Eintragung (§ 7 der preuß. Allg. Verf. v. 7. 11. 99), sondern auch durch die beglaubigte Abschrift des die Gesellschaft betreffenden Inhalts des Handelsregisters geführt werden. KGJ. 24 A 96, RJA. 3 105, OLG. 4 464, R. 02 348, CBlFrG. 3 85.

4. Im Grundbuchverkehre genügt es, wenn die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung einer offenen Handelsgesellschaft von einem zur Vertretung berechtigten Gesellschafter mit der Firma der Gesellschaft (HGB. § 17) gezeichnet und diese Zeichnung als von jenem Gesellschafter herrührend öffentlich beglaubigt ist. Ein Grund, neben dem Geschäftsnamen der Gesellschaft noch den bürgerlichen Namen des Gesellschafters zu fordern, ist nicht ersichtlich. KGJ. 21 A 103. Dasselbe gilt von Erklärungen des Vorstandes oder der vertretungsberechtigten Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft. Der § 25 Abs. 2 des GenossenschGes. — und dasselbe gilt von entsprechenden Bestimmungen des Genossenschaftsstatuts — hat nur die Bedeutung einer Ordnungsvorschrift. KGJ. 21 A 104.

5. a) Im Falle der Bestellung von Stellvertretern für den Vorstand oder für einzelne Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft ist Dritten gegenüber die Vertretungsbefugnis der auftretenden Stellvertreter nicht davon abhängig, daß der Vertretungsfall auch wirklich vorhanden war (HGB. §§ 242, 235). KGJ. 24 A 196; vgl. RG. 24 83. Dieser Grundsatz ist auch auf den Fall der Vertretung einer Berufsgenossenschaft durch einen Stellvertreter des Vorsitzenden des Vorstandes entsprechend anzuwenden (§ 42 des Gewerbe-Unf. VersGes. v. 5. 7. 00). KGJ. 26 A 90.

b) Bestimmt der Gesellschaftsvertrag einer Aktiengesellschaft, daß es bei Willenserklärungen für die Gesellschaft der Mitwirkung von wenigstens zwei Vorstandsmitgliedern bedarf — sog. Gesamt- (Kollektiv-) Vertretung (HGB. § 232 Abs. 1) —, so ist eine Vollmacht, die ein Vorstandsmitglied dem anderen zum Abschlusse von Verträgen in bestimmten Grenzen erteilt, unzulässig, da durch sie die dem Machtgeber bei dem Vertragsabschluß obliegende Mitwirkung nicht ersetzt werden darf. Die Vollmacht kann nur durch den Gesamtvorstand als solchen einschließlich des zu bevollmächtigenden Mitglieds erteilt werden (HGB. § 232 Abs. 1 Satz 2). KGJ. 20 A 74.

c) Der § 33 bezieht sich nur auf den Vorstand, nicht auf die Pro-

kuristen einer Aktiengesellschaft. Ein Vorstand der Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft ist vom Gesetze nicht anerkannt, dagegen kann jetzt nach § 50 Abs. 3 des HGB. die Prokura auf den Betrieb einer Zweigniederlassung beschränkt werden, wenn für diese der Firma ein Zusatz beigefügt wird, der sie als Firma der Zweigniederlassung bezeichnet. KGJ. **20** A 69, OLG. **1** 483.

6. Die Legitimation des Vertreters eines Darlehnskassenvereins (eingetr. Genossenschaft) ist bei Bewilligung der Löschung einer Hypothek durch eine Bescheinigung gemäß § 26 Abs. 2 des Gesetzes vom 1. 5. 89 nachzuweisen. CBlFrG. **3** 255 Nr. 133 (LG. Colmar).

**§ 34.** 1. Der § 34 betrifft nicht die vor dem 1. 1. 00 durch Ehevertrag begründeten Güterrechtsverhältnisse, welche vielmehr nach den Vorschriften des früheren Rechtes nachzuweisen sind. Bicheroux, DJZ. **01** 186, Dorst, DNotVZ **01** 145. Über den Nachweis des ehelichen Güterstandes in der Übergangszeit vgl. OLG. **4** 79 (KG.).

Die Antragsteller haben dem Grundbuchamt Aufschluß über ihre güterrechtlichen Verhältnisse und insbesondere auch darüber zu geben, ob ihre Ehe vor oder nach dem 1. 1. 00 geschlossen ist. OLG. **4** 188 Anm. 1 (Colmar), Puchelts Z. **33** 261, ElsLothrJZ. **27** 153.

2. Die Bestimmung des § 34 dient dazu, die Legitimationsführung zu erleichtern, deshalb kann der Nachweis über die ehelichen Güterverhältnisse auch in anderer Weise, insbesondere durch Vorlegung des Ehevertrags geführt werden. — Ohne die Vorschrift des § 34 würde das Zeugnis des Registergerichts zum Nachweise der ehelichen Güterverhältnisse nicht genügen, da es nur die Tatsache der Eintragung, nicht aber nachweist, daß die Eintragung den tatsächlichen Verhältnissen entspricht. OLG. **4** 188 (Colmar).

3. Der Grundbuchbeamte ist berechtigt, das eheliche Güterrecht in das Grundbuch einzutragen, wenn ihm ein Zeugnis aus dem Güterrechtsregister vorgelegt wird. Herrmann, WürttZ. **45** 365.

**§ 35.** 1. Die Bezugnahme auf das Register reicht auch aus, wenn bei einem mit mehreren Richtern besetzten Amtsgerichte die Führung des Registers und des Grundbuchblatts verschiedenen Richtern obliegt. Ehlers, DJZ. **03** 520 gegen Oberneck, Reichsgrundbuchrecht 491. Ebenso Siméon, RGBO. 30.

2. Das Grundbuchamt hat den gesamten Registerinhalt, erforderlichenfalls auch die Registerakten zu berücksichtigen und die hieraus gegen die Legitimation des Vorstandes sich ergebenden Bedenken geltend zu machen. KGJ. **20** A 69.

**§ 36.** 1. Der § 36 ist unanwendbar, wenn der Erblasser vor dem 1. 1. 00 gestorben ist. CBlFrG. **1** 241 (LG. Magdeburg); OLG. **3** 112, **5** 236 (KG.), CBlFrG. **2** 128 (KG.), KGJ. **25** A 123. Vgl. JDR. **1** Ziff. 6 und 9 zu Art. 213 EGzBGB.

2. Sieger, WürttZ. **02** 97: Zum Nachweise der gesetzlichen Erbfolge darf das Grundbuchamt keine anderen Beweismittel als den Erbschein verlangen.

3. Der Grundbuchrichter ist nicht befugt, die Legitimation des Erben auf Grund der Nachlaßakten selbst zu prüfen, er hat vielmehr den Erbschein zu fordern, dessen Inhalt für ihn maßgebend ist. Bedenken gegen die Richtigkeit des Erbscheins berechtigen ihn nur, dem Nachlaßgerichte davon Mitteilung zu machen. Der Erbschein ist auch dann erforderlich, wenn das Grundbuchamt zugleich das Nachlaßgericht ist. Eine Offenkundigkeit der Erbfolge kann es für das Grundbuchamt nicht geben; ist der Schein nicht ausgestellt, so fehlt es überdies an den Wirkungen des § 2365 BGB. Solange kein Erbschein ausgestellt ist, ist eine Bezugnahme auf die Akten der Nachlaßabteilung ausgeschlossen. Kretzschmar, Einf. I 100, SächsA. **11** 53.

4. a) Strübe, BadRpr. 02 186: Der Nachweis der Erbfolge kann nur durch eine Ausfertigung, nicht auch durch eine beglaubigte Abschrift des Erbscheins geführt werden.

b) Die Beibringung einer Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift einer Verfügung von Todes wegen durch die Beteiligten erübrigt sich, wenn die Verfügung sich bereits bei den Akten des das Grundbuch führenden Amtsgerichts befindet (vgl. GBO. § 95, preuß. AllgVerf. vom 20. 11. 99 § 35). KGJ 20 A 289, RJA. 1 171, KG. 48 399. Abgesehen hiervon ist der Grundbuchrichter nicht verpflichtet, die Testamentsakten herbeizuschaffen. OLG. 2 409 (KG)

c) Zum Nachweise, welchen Inhalt ein Erbschein hat, genügt auch die Vorlegung einer beglaubigten Abschrift (Art. 57 pr. FrGG.). KGBl. 11 62 (LG. Neu-Ruppin). Kommt es jedoch auf den Nachweis an, daß der durch den Erbschein als Erbe Ausgewiesene bei Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Erklärung sich im Besitze der Ausfertigung des Erbscheins befunden hat, so bedarf es des Nachweises, daß er sich bei Abgabe der Erklärung im Besitze der Ausfertigung befunden hat, da die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß der erteilte Erbschein nachträglich durch das Nachlaßgericht eingezogen worden und dadurch kraftlos geworden ist (§ 2361 BGB.). KGJ. 26 A 92, OLG. 6 479.

d) Die am 11. Januar beglaubigte Abschrift eines Erbscheins ist zur Führung des Nachweises, daß der Erbschein am 15. Februar wirksam bestanden hat, nicht geeignet, da inzwischen der Erbschein eingezogen sein kann. MecklZ. 20 275 (OLG. Rostock).

e) Ob an Stelle einer letztwilligen Verfügung, die verloren gegangen ist, deren Inhalt in anderer Weise durch Vorlegung öffentlicher Urkunden dem Grundbuchrichter nachgewiesen werden kann, läßt das KG. (OLG. 2 117) dahingestellt, jedenfalls ist zu einem solchen Nachweis ein nur unter den Parteien ergangenes Urteil nicht ausreichend, da dieses nicht für Dritte und mit Wirkung für den Grundbuchverkehr Recht schafft.

5. Zweifel besteht darüber, ob der Grundbuchrichter trotz des Vorliegens eines Erbscheins die Erbfolge nachzuprüfen hat. Während das KG. (OLG. 5 430) diese Frage verneint hat, erklärt es (OLG. 6 75) den Grundbuchrichter für befugt, einen auf einen Erbschein gestützten Antrag abzulehnen, wenn er aus den Umständen des Falles zu der Überzeugung gelangt, daß der Inhalt des Erbscheins der materiellen Rechtslage nicht entspricht, wenn ihm z. B. amtlich bekannt geworden ist, daß ein Testament vorhanden ist, während im Erbscheine das gesetzliche Erbrecht bezeugt wird. Und ferner hat es (OLG. 6 182) entschieden, daß der Grundbuchrichter einen in einer öffentlichen Urkunde berufenen Erben nicht als solchen ansehen darf, wenn ihm ein später errichtetes eigenhändiges Testament bekannt geworden ist, in dem noch zwei andere Erben berufen sind.

Der Grundbuchrichter, dem ein Erbschein mit dem Antrage vorgelegt wird, eine dem Inhalte des Erbscheins widersprechende Eintragung vorzunehmen, ist nicht verpflichtet, das weitergehende Recht des Antragstellers und insoweit die Unrichtigkeit des Erbscheins festzustellen, vielmehr ist es Sache des Antragstellers, die Einziehung oder Kraftloserklärung des Erbscheins zu beantragen. BayrOb. LG. 2 866, OLG. 5 349 Anm. 1.

Abs. 1 Satz 2.

6. a) Als eine zum Nachweise der Erbfolge geeignete öffentliche Urkunde ist sowohl das frühere preußische verschlossen übergebene, als auch das nach § 2238 BGB. durch Übergabe einer Schrift errichtete Testament zu verstehen. KGBl. 12 89; DJZ. 01 354 (KG.).

b) Ein privatschriftlicher Nachzettel, der insbesondere mit dem in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Testament eröffnet und ausgefertigt ist,

hat nach dem Rechte des BGB. für den Grundbuchverkehr nicht die Bedeutung einer öffentlichen Urkunde. KGJ. 25 A 279.

7. a) Kretzschmar, Einf. I 101, SächsA. 11 54: Erachtet der Grundbuchrichter die in einer öffentlichen Urkunde enthaltene Verfügung nicht als genügend, so kann er die Vorlegung eines Erbscheins verlangen. Die Denkschrift weist auf die Fälle hin, wo ausländisches Recht anzuwenden ist. Zweifel können sich aber auch bieten, wenn die Erbfolge sich nach dem BGB. bestimmt, z. B. ob eine Verfügung die Erbfolge erschöpfend regelt und ob der bedachte Pflichtteilsberechtigte als Erbe eingesetzt ist oder nicht. Solche Zweifel zu entscheiden, ist der Grundbuchrichter nicht berufen.

Letzteres bestreitet Strecker, Buschs Z. 31 163, da § 36 den Grundbuchrichter berechtige, aber nicht verpflichte, die Vorlegung eines Erbscheins zu fordern.

b) Sind in einem Testamente die Nacherben nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit bezeichnet, z. B. die noch zu erwartenden Kinder als Erben oder Miterben berufen, so kann die Vorlegung eines Erbscheins verlangt werden. OLG. 5 237 (KG.). Abgesehen hiervon darf aber nicht mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß nach der Errichtung des Testaments noch weitere Kinder geboren sein könnten, die in der Lage wären, das Testament auf Grund des § 2079 BGB. anzufechten. Es müssen Tatsachen zur Kenntnis des Grundbuchrichters gelangt sein, welche im gegebenen Falle die Annahme einer Anfechtung nahelegen OLG. 6 15 (KG.).

c) Auch der Umstand, daß der Inhalt eines eigenhändigen Testaments einem öffentlichen Testamente widerspricht, kann Anlaß zum Verlangen eines Erbscheins bieten. OLG. 6 182 (KG).

8. Gegen eine Verfügung des Grundbuchrichters, die trotz des Vorhandenseins eines Testaments einen Erbschein fordert, weil das Erbrecht nicht nachgewiesen sei, ist Beschwerde zulässig, da diese Entscheidung der Nachprüfung in den Rechtsmittelinstanzen unterliegt. KGJ. 24 A 88. Dasselbe gilt, wenn der Grundbuchrichter ein Zeugnis des Nachlaßgerichts über die Ernennung eines Testamentsvollstreckers verlangt, obwohl ihm eine die Ernennung des Testamentsvollstreckers enthaltende, in öffentlicher Urkunde errichtete letztwillige Verfügung und die Bescheinigung des Nachlaßgerichts über die Annahme des Amtes vorgelegt wird. KGJ. 24 A 221, RJA. 3 133, CBlFrG. 3 351, OLG. 5 431, 7 336.

Abs. 2.

9. Der Testamentsvollstrecker, der die Umschreibung einer zum Nachlasse gehörenden Hypothek auf den Namen des Erben beantragt, muß die von ihm als Erbe bezeichnete Person in der nach § 36 Abs. 1 vorgeschriebenen Form ausweisen. Das Testamentsvollstrecker-Zeugnis (§ 36 Abs. 2) ermächtigt ihn nur zur Verfügung über die Hypothek, ersetzt aber nicht den zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen Nachweis. CBlFrG. 2 719 (OLG. Dresden) und dazu die Bemerkungen von Kretzschmar.

§ 37. 1. Die rechtliche Bedeutung des hier zugelassenen Zeugnisses ist eine zweifache: Soweit es bescheinigt, daß die Erben die Eintragungsbewilligung in gehöriger Form erklärt oder eingereicht haben, hat es die volle Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde im Sinne des § 415 der ZPO. Soweit es dagegen zum Nachweise der Erbfolge dienen soll, steht ihm jedenfalls keine größere Beweiskraft als dem Erbscheine zu, seine Beweiskraft ist vielmehr gegenständlich und zeitlich begrenzt. Denn während der Erbschein das Erbrecht der darin bezeichneten Erben allgemein und mit Wirkung für den gesamten rechtsgeschäftlichen Verkehr ausweisen soll, bezieht sich das Zeugnis immer nur

auf eine bestimmte Hypothek usw. und soll nur nachweisen, welche Personen bei Abgabe der Eintragungsbewilligung zur Erbfolge berechtigt waren. Ist auf Grund des Zeugnisses die Umschreibung im Grundbuch oder (bei einer Briefhypothek usw.) deren Abtretung an einen gutgläubigen Dritten (§ 1138) erfolgt, so hat das Zeugnis seinen Zweck erfüllt und gegen dessen Ausstellung ist daher ein Rechtsmittel oder ein sonstiger Rechtsbehelf nicht mehr gegeben. Solange dagegen eine solche Umschreibung oder Abtretung nicht erfolgt ist, muß dem in seinem Rechte Beeinträchtigten die Beschwerde gegen eine die Zeugniserteilung anordnende Verfügung zustehen und in gleicher Weise ist das Nachlaßgericht befugt, seine Verfügung von Amts wegen aufzuheben und die Erteilung eines neuen Zeugnisses zu verfügen. Dies gilt besonders, wenn die Tatsache, daß die Erben die Eintragungsbewilligung in gehöriger Form erklärt oder eingereicht haben, unrichtig bezeugt ist. Soweit aber die Unrichtigkeit des Zeugnisses auf einer unrichtigen Feststellung der Erbfolge beruht, kommen die Vorschriften des BGB. über Einziehung und Kraftloserklärung eines Erbscheins zur entsprechenden Anwendung (vgl. FrGG. § 84). Boschan, Erbschein u. Recht der Erbfolge 305 u. 309.

2. Voraussetzung der Anwendung des § 37 ist, daß eine gerichtliche Erbauseinandersetzung nach §§ 86 ff. FrGG. stattgefunden hat und daß hierbei die Erben sich untereinander einzelne Rechte der bezeichneten Art überwiesen haben. Auch wenn das Recht mehreren von den Erben überwiesen ist, hat die Vorschrift entsprechende Anwendung zu finden, vorausgesetzt, das das Recht nicht von der Auseinandersetzung ausgeschlossen und in der Gemeinschaft der sämtlichen Erben verblieben ist. Das Zeugnis kann nicht erteilt werden, wenn der Auseinandersetzungsplan nur auf Grund des vermuteten Einverständnisses zustande gekommen ist (§ 91 Abs. 3, § 93 FrGG). Kretzschmar, SächsA. **11** 54, 55. Übereinstimmend Boschan a. a. O. 309, doch unter Erstreckung der Anwendung des § 37 auf jeden Fall der Erbteilung (BGB. § 2042), nicht nur auf den Fall der Teilungsvermittelung im Sinne der §§ 86 ff. FrGG.

3. Das Zeugnis ersetzt nicht den Eintragungsantrag (§ 13), und ebensowenig kann das Nachlaßgericht das Grundbuchamt um Eintragung des neuen Gläubigers ersuchen. Boschan a. a. O. 304. Ebenso Achilles-Strecker 261. A. M. Turnau-Förster II 257, welche die Eintragung zulassen, wenn das Zeugnis die Stellung des Eintragungsantrags bescheinigt und das Nachlaßgericht das Zeugnis dem Grundbuchamte vorlegt.

4. Das Zeugnis hat die Umschreibungsbewilligung der Erben zu bezeugen; ein Zeugnis, das nur die Überweisung (Abtretung) einer Hypothek bezeugt, ist unzureichend. CBlFrG. **2** 331 (LG. Zwickau). Vgl. auch R. **01** 411 (LG. Stuttgart).

5. Weißler, DNotVZ. **01** 85, hält die Benennung des Erben in dem Zeugnisse für unrichtig, da dieses sonst nichts anderes als ein Erbschein wäre, und für entbehrlich, da das Grundbuchamt daran kein Interesse habe. Dagegen hält Boschan a. a. O. 306 eine solche im Interesse einer Nachprüfung, welche Personen nach der Ansicht des Nachlaßgerichts an der Erbfolge teilnehmen, für geboten, auch empfiehlt er die Namhaftmachung der etwa vorhandenen Nacherben, wenn es auch ihrer Eintragungsbewilligung bedarf und bei Eintragung des Vorerben zugleich ihr Recht einzutragen ist (§ 52).

6. An Stelle der Ausstellung des Zeugnisses genügt nicht die Mitteilung der Teilungsakten an das Grundbuchamt. Sieger, WürttZ. **02** 97, 257.

**§ 38.** Der § 38 greift nur Platz, wenn die Gütergemeinschaft oder die fortgesetzte Gütergemeinschaft durch den Tod des einen oder des überlebenden Ehegatten aufgehoben ist, nicht aber, wenn bei Lebzeiten der Ehegatten die

Auseinandersetzung zwischen ihnen erfolgt, oder bei Lebzeiten des überlebenden Ehegatten die fortgesetzte Gütergemeinschaft beendigt oder aufgehoben worden ist, da es in diesen Fällen an einem zur Ausstellung des Zeugnisses zuständigen Gerichte fehlen würde und der § 99 Abs. 2 Satz 2 des FrGG. nur die Zuständigkeit des Amtsgerichts zur Vermittelung der Auseinandersetzung bestimmt. Boschan, Erbschein und Recht der Erbfolge 310, 311. A. M. anscheinend Kretzschmar, Einf. I 103; vgl. Turnau-Förster II 258.

**§ 39.** 1. Das Eintragungsersuchen der Behörde ersetzt nur den Antrag (§ 13), die Bewilligung (§ 19) und die sonst etwa zur Eintragung erforderlichen Erklärungen Dritter (z. B. § 22 Abs. 1), im übrigen müssen aber die allgemeinen Voraussetzungen der Eintragung gegeben sein. Dies gilt namentlich:

a) von der Zuständigkeit des ersuchenden Gerichts. Reichel, Iherings J. **46** 169;

b) von der Eintragungsfähigkeit des zu buchenden Rechtsverhältnisses. Aus diesem Grunde können die im § 4 des preuß. Rentengutsgesetzes vom 27. 6. 90 vorausgesetzten Vereinbarungen nicht in das Grundbuch des Rentenguts eingetragen werden, da die daraus entspringenden Verpflichtungen nicht als Reallasten (BGB. § 1105) oder sonst als eine Art der dem BGB. bekannten Grundstücksbelastungen behandelt werden können und ihre Eintragungsfähigkeit auch nicht aus landesgesetzlichen Vorschriften hergeleitet werden kann. KGJ. **26** A 118. Desgleichen verstößt das Ersuchen des Vollstreckungsrichters, für die Forderung gegen den Ersteher eine Sicherungshypothek auf einem Bruchteile des versteigerten Grundstücks einzutragen, gegen BGB. § 1114 und ZPO. § 864 Abs. 2 und ist daher als unzulässig abzuweisen. RJA 3 92 (KG.);

c) von der Prüfung der Frage, ob die ersuchende Behörde befugt ist, die von ihr verlangte Eintragung zu beantragen, ob das Ersuchen den formellen Erfordernissen genügt und ob die in der GBO. vorgeschriebenen allgemeinen Voraussetzungen, z. B. die in den §§ 5, 6, 16—18, 40—44, 48 vorgesehenen, gegeben sind. OLG. **7** 368, **8** 150 (KG).

2. Darüber, ob die den Gegenstand des Ersuchens bildende Eintragung nach materiellem Rechte zulässigerweise angeordnet worden ist, hat das Grundbuchamt nicht zu entscheiden. Kretzschmar, Einf. I 109, SächsA. **11** 55; OLG. **7** 368, **8** 150 (KG.).

3. Einzelne Fälle.

a) Sind in dem Ersuchen einer zuständigen Behörde Zinszahlungstermine für einzutragende Grundschulden nicht angegeben, so darf das Ersuchen nicht wegen Unvollständigkeit abgelehnt werden, vielmehr ist für das Grundbuchamt gegeben, daß eine vertragsmäßige Festsetzung der Zinszahlungstermine nicht stattgefunden hat und daher die gesetzlichen Vorschriften eintreten. OLG. **7** 195 (Rostock).

b) Die Frage, ob bei der Auseinandersetzung für jeden Mündel ein besonderer Pfleger zu bestellen war, unterliegt nicht der Prüfung des Grundbuchrichters, die Teilung ist vielmehr durch den dem Beteiligten mitgeteilten Beschluß des Vorm.Gerichts genehmigt und dadurch rechtswirksam geworden. Im Rahmen der Prüfungspflicht des Grundbuchrichters ist es nicht gelegen, Entscheidungen eines anderen Gerichts nachzuprüfen. OLG. **7** 332 (Colmar).

c) Der Grundbuchrichter ist nicht berechtigt, das Ersuchen der Enteignungsbehörde (des Bezirksausschusses) um Eintragung des Unternehmers als Eigentümers des enteigneten Grundstücks deshalb zu beanstanden, weil der Enteignungsbeschluß nicht dem derzeitig eingetragenen Eigentümer, sondern dessen Rechtsvorgänger zugestellt sei. Es genügt, wenn aus dem Ersuchen des Bezirksausschusses hervorgeht, daß und wann die Zustellung des Enteignungsbeschlusses erfolgt ist (§ 44 des Enteign.Ges.), während darüber, wer als Be-

teiligter zuzuziehen gewesen sei, allein die Verwaltungsbehörde zu entscheiden hat. Ihr Ersuchen geht nach dieser Richtung auf ihre Verantwortung und Gefahr. KGJ. 24 A 114.

4. Mit dem Ersuchen des Vollstreckungsgerichts bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken beschäftigen sich folgende Entscheidungen:

a) Das Ersuchen des Vollstreckungsrichters im Zwangsversteigerungsverfahren unterliegt nicht der Nachprüfung des Grundbuchrichters. KGJ. 23 A 252, RJA. 2 253, OLG. 3 340. Der Vollstreckungsrichter ist aber nicht befugt, um Löschung einer aus dem versteigerten Grundstücke zur Hebung gelangten Gesamthypothek auf den Blättern der mithaftenden Grundstücke zu ersuchen, da die Möglichkeit einer Ersatzhypothek (BGB. § 1182) gegeben, dies festzustellen aber nicht Sache des Vollstreckungsrichters ist. KGJ. 23 A 254, RJA. 3 48, Achilles-Strecker 263.

b) Bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken bestimmt § 130 Abs. 1 u. 2 des ZwVerstGes. die Grenzen, innerhalb deren der Vollstreckungsrichter befugt ist, das Grundbuchamt um Berichtigung des Grundbuchs zu ersuchen. Werden neue Nebenbestimmungen bei einer gemäß § 91 Abs. 2 des ZwVerstGes. stehen bleibenden Hypothek vereinbart, so ist deren Rechtsgültigkeit vom Grundbuchrichter zu prüfen, auch wenn sie zum Protokolle des Vollstreckungsrichters im Verteilungstermin erklärt oder von dem Vollstreckungsrichter zu den Grundakten übermittelt sind. KGJ. 22 A 157, RJA. 2 184.

c) Das Vollstreckungsgericht ist gegenüber einer Entscheidung des Grundbuchamts, durch welche sein Ersuchen um Eintragung eines ZwVollstrBeschlusses abgelehnt wird, beschwerdeberechtigt. R. 00 546 (LG. Colmar).

d) Das VollstrGericht ist zur Antragstellung auf Grund des § 130 Zw. VerstGes. auch nach Löschung des Versteigerungsvermerkes berechtigt. CBlFrG. 2 723 (LG. Hamburg).

e) Hat der Zwangsversteigerungsrichter nach Ausführung des Verteilungsplans aus Versehen das Grundbuchamt um Löschung einer weiterbestehenden Hypothek ersucht, so kommt er nur seiner gesetzlichen Obliegenheit nach, wenn er die Wiedereintragung der durch den Zuschlag nicht erloschenen Hypothek in Antrag bringt, und diesem nach gesetzlicher Vorschrift zulässigen Ersuchen muß der Grundbuchrichter stattgeben. Die Wiedereintragung darf aber nicht zur Beeinträchtigung von wohlerworbenen Rechten Dritter führen. Soweit hiernach (z. B. bei einer Briefhypothek) ein gutgläubiger Erwerb möglich ist, ist von der Eintragung trotz des Ersuchens Abstand zu nehmen, dagegen ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs einzutragen, um dadurch einen weiteren gutgläubigen Erwerb zu hindern (BGB. § 892). KGJ. 25 A 311, OLG. 6 99, RJA. 3 217, CBlFrG. 3 695, R. 03 150, DJZ. 03 154.

5. Andere Behörden.

a) Die Generalkommission gehört zu den im § 39 bezeichneten Behörden und innerhalb des Rahmens ihrer Befugnisse ist sie berechtigt (z. B. nach § 4 des Ges. vom 3. 3. 50), das Grundbuchamt um Löschung von Hypotheken zu ersuchen, ohne daß es des Nachweises der Zustimmung des Grundstückseigentümers (§ 27) bedarf. RJA. 1 157 (KG.).

b) Die Sparkassen der Städte und Kreise in Preußen sind, sofern sie organisiert und mit selbständiger Verwaltung ausgestattet sind, öffentliche Behörden. In den Landgemeinden dagegen liegt die gesamte Verwaltung in der Hand des Gemeindevorstehers und der Gemeindeversammlung oder Gemeindevertretung; einer Übertragung einzelner ihrer Befugnisse auf Gemeindeglieder wohnt öffentlich-rechtliche Bedeutung nicht bei. KGJ. 26 A 254, OLG. 8 170.

c) Das Heroldsamt hat die öffentlich-rechtlichen Befugnisse, die Richtigstellung einer zu Unrecht gewählten Adelsbezeichnung bei den zuständigen Behörden, insbesondere auch dem Grundbuchamte zu betreiben, da es hierdurch in die rechtlichen Verhältnisse der Grundstücke oder der Rechte an solchen in keiner Weise eingreift. Hierbei handelt es sich daher auch nicht um ein Ersuchen im Sinne des § 39, wobei vorausgesetzt ist, daß nach ausdrücklichen gesetzlichen Vorschriften eine bestimmte Behörde befugt ist, eine bestimmte Art von Eintragungen bei dem Grundbuchamte herbeizuführen. KGJ. **25** A 88, OLG. **6** 103, Pr. JMBl. **03** 12; vgl. Ziff. 1 zu § 71.

d) Hat ein vor dem 1. 1. 00 verstorbener Erblasser Erben mit der Maßgabe eingesetzt, daß seine Witwe zur freien Verfügung über den Nachlaß befugt sein soll, so sind die Auseinandersetzungsbehörden in einem vor ihnen anhängigen Verfahren berechtigt und verpflichtet, gemäß Art. 14 des Pr. AGz. GBO. das Grundbuchamt um die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Erben als Eigentümer und einer Verfügungsbeschränkung zugunsten der Witwe zu ersuchen, und das Grundbuchamt kann die Eintragung dieser Beschränkung nicht ablehnen. KGJ. **25** A 270. Ebenso Nolte, PosMschr. **03** 85 ff.

Nolte, PosMschr. **03** 85 ff.: Die Auseinandersetzungsbehörde ist nicht befugt, die Berichtigung des Grundbuchs auf Grund eines Rezesses zu beantragen, wenn nach Eintritt des Eigentumswechsels an einem in das Verfahren eingeworfenen Grundstücke der neue Eigentümer zum Verfahren nicht zugezogen worden ist. Ausgenommen hiervon sind allein diejenigen Fälle, in welchen

α. ein Grundbuchblatt für das Grundstück noch nicht angelegt ist;
β. der Erwerber das Eigentum vor dem 1. 10. 72 nach dem bis dahin geltenden Rechte durch freiwillige Veräußerung erworben hat;
γ. der Erwerb sich durch Universalsukzession, Eintritt in die eheliche Gütergemeinschaft, Aufgebot oder infolge von Dereliktion vollzogen hat;
δ. eine das Auseinandersetzungsverfahren betreffende Verfügungsbeschränkung zur Zeit des Eigentumswechsels im Grundbuch eingetragen war, abgesehen von dem Falle der Zwangsenteignung.

6. Der § 39 ermächtigt die zuständige Behörde nur zu Eintragungsersuchen, nicht aber steht dem Prozeßgerichte die Befugnis zu, dem Grundbuchamt im Wege einstweiliger Verfügung die Unterlassung einer an sich gebotenen Eintragung vorzuschreiben. Eine einstweilige Verfügung kann nur das Verhältnis der Beteiligten untereinander regeln, z. B. eine Erklärung als unwirksam zu behandeln oder einen Antrag einstweilen zurückzunehmen. OLG. Dresden, CBlFrG. **1** 244. Dazu Meyer, CBlFrG. **1** 246 und Kretzschmar, Sächs. A. **11** 59.

**§ 40.** Abs. 1.

1. Der § 40 Abs. 1 fordert nur, daß in dem Zeitpunkt, in welchem eine Eintragung erfolgen soll, der verlierende Teil buchmäßig als solcher ausgewiesen ist, dagegen braucht dieser bei Abgabe einer Eintragungsbewilligung oder bei der Auflassung nicht notwendig eingetragen zu sein. OLG. **2** 1 (KG.).

2. Der § 40 fordert zur Auflassung außer der Auflassungserklärung des Passivbeteiligten, nämlich des wahren Eigentümers, noch, daß dieser als Eigentümer eingetragen ist. Ist die für die Richtigkeit des Grundbuchs sprechende Vermutung aus § 891 BGB. widerlegt und festgestellt, daß der eingetragene Eigentümer in Wahrheit nicht Eigentümer ist, so genügt seine Auflassungserklärung nicht. KGJ. **26** A 253, OLG. **8** 189; ferner CBlFrG. **2** 743 Nr. 609 (LG. Leipzig).

3. Die viel erörterte Frage — vgl. JDR. **1** Ziff. 2 zu § 1177 BGB.

—, ob der Grundstückseigentümer, auf dessen Grundstücke Hypotheken oder Grundschulden haften, als eventuell eingetragener Inhaber der gemäß § 1163 BGB. ihm zufallenden Hypotheken oder Grundschulden zu gelten habe und ob er daher, wenn ihm eine löschungsfähige Quittung erteilt ist, über die Hypothek oder Grundschuld verfügen könne, ohne daß sie vorher auf seinen Namen umzuschreiben wäre, ist vom Kammergericht in ständiger Rechtsprechung bejaht worden. Vgl. KGJ. **20** A 190, OLG. **1** 303, RJA. **1** 125, **21** A 151, **22** A 172, OLG. **4** 320, **23** A 159, **25** A 308, OLG. **6** 152. Ebenso OLG. **6** 272 (Dresden). Kretzschmar, Einf. I 63, 324, SächsA. **11** 33, glaubt die Begründung dieser Entscheidungen darin suchen zu sollen, daß der § 40 seinem Zwecke nach nur solche Eintragungen betrifft, die durch eine Verfügung über das Recht veranlaßt werden. Die Herbeiführung der Löschung der Eigentümerhypothek enthält aber keine Verfügung über die Hypothek, sondern eine bloße Verwaltungsmaßregel des Eigentümers, durch welche die Hypothek aus dem Grundbuche verschwindet. Umgekehrt ist eine solche Zwischeneintragung bei der Abtretung der Hypothek zu erfordern, da die Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld aus dem Grundbuch erhellen muß.

Bollenbeck, DNotVZ. **01** 39, hält die Eintragung des Eigentümers für entbehrlich, da die Eigentümerhypothek in Wirklichkeit keine Hypothek, sondern die Befugnis des Eigentümers sei, vermöge des formalen Fortbestandes der Hypothek über den zugunsten eines anderen ausgeschiedenen und kraft Gesetzes ihm wieder anheimgefallenen Wertteil seines Grundstücks zu verfügen. Ähnlich Oberneck, I 456 und Gruchots Beitr. **47** 312.

Der Satz, daß der Grundstückseigentümer als der eventuell eingetragene Inhaber der gemäß § 1163 BGB. ihm zufallenden Hypotheken anzusehen sei, hat aber nicht die Bedeutung, daß der Grundstückseigentümer bereits vor dem Erlöschen der Forderung über diese verfügungsberechtigt sei, also eine neben der Hypothek des Gläubigers hergehende latente Eigentümergrundschuld habe, vielmehr erwirbt der Eigentümer die Hypothek erst mit dem Erlöschen der Forderung und kann vorher nicht dinglich über die Hypothek verfügen. Seine Verfügung (z. B. die Abgabe einer Vorrangseinräumung) kann aber durch Einwilligung des Hypothekengläubigers Wirksamkeit erlangen. KGJ. **26** A 147, OLG. **7** 9.

Abzulehnen ist die Folgerung, daß der eingetragene Grundstückseigentümer von vornherein als eingetragener Berechtigter aller möglicherweise ihm zufallenden Eigentümerhypotheken, einerlei, ob sie ihm auch wirklich einmal zufallen, zu gelten habe; haben daher die Erben des Grundstückseigentümers erst nach dem Tode des Erblassers eine auf seinem Grundstück eingetragene Hypothek bezahlt, so bedarf es zur Abtretung der Hypothek der vorgängigen Eintragung ihres Eigentums. EBlFrG. **4** 735 (LG. Oldenburg).

4. OLG. **3** 198 (Jena), RJA. **2** 198, KGJ. **22** A 171 OL **4** S. 320: Ebensowenig wie der Grundstückseigentümer als eventuell eingetragener Inhaber der ihm nach § 1163 BGB. zufallenden Eigentümerhypothek zu deren Löschung der Eintragung als Gläubiger bedarf, ist dies bei Pfändung der eventuellen Eigentümerhypothek erforderlich, nur muß die Entstehung der Hypothek urkundlich nachgewiesen sein. Vgl. JDR. **1** Ziff. 4 zu § 1163 und Ziff. 4e zu § 1190 BGB. Dagegen kann nach der Ansicht des OLG. **2** 152 (Dresden) eine solche Pfändung erst dann eingetragen werden, wenn die Hypothek auf den Namen des Eigentümers umgeschrieben ist. Hat jedoch der Gläubiger den dem Eigentümer gegen den Hypothekengläubiger zustehenden Berichtigungsanspruch gepfändet und sich zur Einziehung überweisen lassen und hat er daraufhin die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs erwirkt, so ist eine Ein-

tragung dahin zulässig, daß der durch den Widerspruch gesicherte Berichtigungsanspruch gepfändet ist. Der Vorschrift des § 40 Abs. 1 ist hierbei durch die Eintragung des Widerspruchs genügt. Vgl. hierzu Hoffmann, CBlFrG. 2 637: „Die Pfändung der latenten Eigentümerhypothek, Widerspruch und Vormerkung zur Sicherung der Pfändung".

Zur Löschung einer Hypothek zufolge Quittung und Löschungsbewilligung des Pfändungspfandgläubigers (KGJ. 23 A 147) bedarf es nicht der zuvorigen Eintragung der Überweisung zur Einziehung, da die dem Pfändungsgläubiger aus der Überweisung erwachsene Befugnis nicht als ein durch die Löschung der Hypothek betroffenes Recht im Sinne des § 40 anzusehen ist. Der Vollstreckungsschuldner ist auch nach der Überweisung Gläubiger der Hypothek geblieben und als Berechtigter im Grundbuch eingetragen, während der Pfändungsgläubiger als Berechtigter des durch die Löschung allein noch betroffenen Pfandrechts im Grundbuch eingetragen war. OLG. 8 209 (KG.).

5. Einzelne Fälle.

a) Auch die Eintragung einer Zwangshypothek ist, wie nach §§ 17, 146 des ZwVstGes. die Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung, von der vorgängigen Eintragung des Schuldners als Eigentümers abhängig gemacht. Ausnahmen: §§ 17 Abs. 1 a. E., 147, 162, 164 ZwVstGes., § 41 GBO. Schatzky, Die Grundbuchberichtigung zum Zwecke der Immobiliarvollstreckung 16 ff., 30.

b) Als eingetragener Berechtigter im Sinne des § 40 ist auch derjenige anzusehen, für den eine Vormerkung eingetragen ist. Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung 92.

Aus der Praxis:

c) Hat ein Miterbe ein ihm in einem Testamente zugewiesenes Grundstück veräußert, so kann der Erwerber erst eingetragen werden, nachdem der Veräußerer auf Grund der Auflassung der übrigen Miterben als Eigentümer eingetragen ist. ElsLothrJZ. 27 385 (LG. Straßburg).

d) Wenn auch bei der Übereignung des einem Miterben an einem ungeteilten Nachlasse zustehenden Anteils an einen anderen Miterben der Eigentumsübergang sich ohne Auflassung vollzieht (BGB. § 2033), so bedarf es doch zur Weiterveräußerung im Hinblick auf § 40 der vorgängigen Berichtigung des Grundbuchs etwa in der Weise, daß eingetragen wird: infolge Übertragung des Erbanteils des X. an Y. sei letzterer an dessen Stelle getreten. OLG. 4 189 (KG.).

e) Die Verfügungsbeschränkung, welche in der Pfändung eines Erbanteils in Ansehung eines jeden Erbschaftsgegenstandes enthalten ist, kann im Grundbuche des Nachlaßgrundstücks vermerkt werden, die Eintragung setzt aber voraus, daß das zum Nachlasse gehörige Grundstück bereits auf den Namen der Erben umgeschrieben ist. Zur Herbeiführung dieser Umschreibung gemäß § 22 Abs. 2 können die Erben erforderlichenfalls durch Klage gezwungen werden. OLG. 7 354 (KG.). Dagegen Conrades, R. 03 100.

f) Die Eintragung einer Vormerkung dahin, daß der Schuldner eine Hypothek — außer dem Falle des § 1179 BGB. — auch dann löschen lasse, wenn sie nach Veräußerung des belasteten Grundstücks (etwa in Gemäßheit des § 1164 zur Sicherung eines Ersatzanspruchs gegen den Erwerber) auf ihn übergehen sollte, steht die Vorschrift des § 40 GBO. entgegen, da es sich hierbei um die bloße Möglichkeit eines künftigen Erwerbes handelt, die GBO. aber nicht gestattet, bei einem eingetragenen Rechte eine Beschränkung im voraus für den Fall einzutragen, daß eine bestimmte Person einmal das Recht erwerben sollte. KGJ. 25 A 337 (BayrObLG.), RJA. 3 129, R. 02 264, CBlFrG. 3 348, DJZ. 02 439. Vgl. JDR. 1 Ziff. 2 zu § 1179 BGB.

g) Wenn im Grundbuch eines zum Gesamtgute gehörenden, aber auf den Namen des Mannes allein gebuchten Grundstücks eine Hypothek eingetragen werden soll, muß zuvor die Frau als Miteigentümerin kraft ehelicher Gütergemeinschaft eingetragen werden. Es macht hierbei keinen Unterschied, ob die Frau selbst die Hypothek bestellt oder nur der Eintragungsbewilligung des Mannes zustimmt. PosMschr. **03** 152 (KG.). Handelt es sich jedoch um die Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Rangänderung von Hypotheken, so handelt es sich nicht um eine Verfügung über ein Grundstück im Sinne des § 1445 BGB., sondern um die Verfügung über die zurücktretende Hypothek, zu der der Mann aus eigenem Rechte befugt ist. Es bedarf deshalb auch zur Eintragung der Rangänderung nicht der vorgängigen Eintragung der Frau als Genossin der Gütergemeinschaft. OLG. **4** 344 (KG.). Vgl. JDR. **1** Ziff. 2 zu § 1445 BGB.

h) Die Genossen der fortgesetzten Gütergemeinschaft sind nicht oder nur zum Teil Erben des eingetragenen Eigentümers. Deshalb findet auf sie § 41 nicht Anwendung, und es bedarf daher der Eintragung des Rechtsverhältnisses der fortgesetzten Gütergemeinschaft, bevor auf Antrag des überlebenden Ehegatten eine Hypothek auf dem zum Gesamtgute gehörenden Grundstücke gelöscht werden kann. OLG. **5** 300 (KG.), **6** 11 (Hamburg).

6. In folgenden Fällen ist § 40 für nicht anwendbar erklärt worden:

a) Die Eintragung der Rentenpflichtigkeit eines Grundstücks bei Löschung der Reallast, an deren Stelle die Rente getreten ist, kann auch gegen den nicht eingetragenen Eigentümer erfolgen. Der Vermerk der Rentenpflichtigkeit ist eine notwendige Folge der Löschung der durch die Rente ersetzten Reallast (§ 18 des RentenbankGes. vom 2. 3. 50). Da aber die Löschung nicht von der vorgängigen Eintragung des Eigentümers des mit der Reallast beschwerten Grundstücks abhängig gemacht werden kann, so muß das gleiche auch für den Ersatzvermerk der Rentenpflichtigkeit gelten. Es handelt sich um ein der Landesgesetzgebung vorbehaltenes Gebiet (EG Art. 113), für welches § 40 der GBO. nicht von Bedeutung ist. KGJ **24** A 124.

b) Die Vorschrift des § 40 bezweckt, dem Grundbuchamte die Legitimationsprüfung zu erleichtern und den Berechtigten dagegen zu sichern, daß ein anderer unbefugt über das Recht verfügt. Dies ist nicht der Fall, wenn die Generalkommission, durch deren Vermittelung ein Rentengut begründet ist, um Eintragung einer Grunddienstbarkeit auf ein anderes Grundstück ersucht. Deshalb und auf Grund des Vorbehalts in Art. 62 des EGzBGB. darf das Ersuchen nicht beanstandet werden, weil der Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht eingetragen sei, sofern die Generalkommission bescheinigt, daß die Legitimation der Eigentümer geführt sei (§ 12 des Ges. vom 7. 7. 91, § 109 des Ges. betr. die Ablösung der Reallasten vom 2. 3. 50). KGJ. **26** A 125, OLG. **9** 336.

c) Auf Namensänderungen bezieht sich § 40 nicht. Ändert eine als Gläubigerin eingetragene Aktiengesellschaft ihre Firma, so ist eine die Firmenänderung zum Ausdrucke bringende Eintragung im Grundbuche zulässig, doch nicht notwendige Voraussetzung für eine die Hypothek betreffende Eintragung. OLG. **6** 201 (KG.).

Abs. 2.

7. Zum Nachweise des Gläubigerrechts nach § 1155 BGB. gehört die Beibringung öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen, welche vom Antragsteller in zusammenhängender Reihe auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführen. Den Abtretungserklärungen gleich stehen nur „gerichtliche Überweisungsbeschlüsse“ und „öffentlich beglaubigte Anerkenntnisse von kraft Gesetzes erfolgten Übertragungen“, d. i. eine rechtsgeschäftliche Erklärung des bisherigen Gläubigers betreffend den erfolgten Übergang, z. B. im Falle des

§ 774 BGB. Andere Urkunden, namentlich Erbscheine oder Verfügungen von Todes wegen, sind nicht geeignet, den im § 40 Abs. 2 erforderten Legitimationsnachweis zu erbringen. KGJ. 25 A 161, 308, 27 A 127.

Dagegen meint Schweitzer, Gruchots Beitr. 45 558, gestützt auf die Motive des ersten Entwurfes des BGB., daß die beglaubigte Form der Abtretungserklärung nur eine Beweisvorschrift sei, welche einen anderen Beweis nicht ausschließe. Er erklärt es daher als dem Verkehrsinteresse widersprechend, die Reihe der Abtretungserklärungen für unterbrochen zu erklären, wenn der Erbe eines Zessionars eine weitere Übertragung des Rechtes vornimmt, und will erforderlichenfalls eine Auslegung des § 1155 über dessen Wortlaut hinaus zulassen. Übereinstimmend LG. Düsseldorf, CBlFrG. 2 745 Nr. 618.

Planck Anm. 1 zu § 1155 bestätigt, daß die Motive des ersten Entwurfes des BGB. auf dem Standpunkte Schweitzers zu stehen scheinen, glaubt aber, daß lediglich der Wortlaut des Gesetzes entscheide und daß deshalb ein Erbschein, durch welchen der abtretende Gläubiger sich als Erbe des bisherigen Gläubigers legitimiere, keine Anerkenntnis im Sinne des § 1155 sei.

Auch Wolff, R. 03 7, beruft sich auf die Vorarbeiten zum BGB. und zu § 81 der früheren preuß. GBO. und legt den § 1155 dahin aus, daß die auf den ersten Erwerber zurückzuführende Rechtsnachfolge insoweit lückenlos sein soll, als sie in Abtretungserklärungen besteht, und daß jede Abtretungserklärung in beglaubigter Form erklärt sein muß. Die Reihe der Abtretungserklärungen ist aber auch dann lückenlos, wenn der Erbe eines Zessionars das Recht weiter überträgt, denn infolge des Erbfalls ist eine Zwischenzession nicht erfolgt, der Erbe überträgt vielmehr die Hypothek nicht als ein Glied in der Reihe der Zessionare, sondern nur auf Grund des Rechtes seines Erblassers weiter. Vgl. auch JDR. 2 Ziff. 1 zu § 1155 BGB.

**§ 41.** 1. Über die Frage, ob als „Erbe" im Sinne des § 41 auch der „Erbeserbe" zu verstehen ist, herrscht Streit. Sie wird verneint von Oberneck, DNotVZ. 03 154, und wurde auch früher von dem KG. verneint; vgl. KGJ. 21 A 283, RJA. 2 46, OLG. 2 275, 3 177, 5 191. Nachdem sich jedoch das RG. 53 298, CBlFrG. 3 710, JW. 03 106, DNotVZ. 03 189, R. 03 157 für die Bejahung der Frage entschieden hat, hat sich nunmehr auch das KG. auf denselben Standpunkt gestellt. KGJ. 26 A 96, PrJMBl. 65 116. Ebenso Achilles-Strecker 271; Brachvogel-Frydrychowicz 240, LG. Düsseldorf, CBlFrG. 2 742 Nr. 603; Turnau-Förster XXXVI unter Widerruf ihrer entgegengesetzten Meinung II 268.

2. Voraussetzung der Anwendung des § 41 ist, daß der Erbe sein Recht unmittelbar von dem eingetragenen Berechtigten herleitet. Ein Miterbe, dem bei der Erbteilung eine Hypothek übereignet worden ist, bedarf zur Verfügung über diese der vorgängigen Eintragung, da sein unmittelbarer Rechtsvorgänger nicht der eingetragene Gläubiger, sondern die Gesamtheit der Erben ist. OLG. 3 307 (KG.).

3. Die Vergünstigung des § 41 kommt nur dem Erben des eingetragenen Berechtigten zugute. Deshalb ist der Erbe des nicht eingetragenen Zessionars einer Hypothek ebensowenig von der Eintragungsverpflichtung befreit, wie derjenige, welcher die Hypothek durch Abtretung von einem nicht eingetragenen Erben des ursprünglichen Gläubigers erworben hat. KGJ. 25 A 159. Deshalb muß der Gläubiger, der eine Hypothek von dem Erben des eingetragenen Gläubigers durch öffentlich beglaubigte Abtretung und Übergabe des Briefes erworben hat, zum Zwecke der Eintragung einer Veränderung der Hypothek sich zuvor als Berechtigter in das Grundbuch eintragen lassen. KGJ. 20 A 300, RJA. 1 173. Deshalb müssen auch bei einer zu einem Nach-

lasse gehörenden Briefhypothek, welche durch den Erblasser im Wege der Abtretung erworben, aber noch nicht auf seinen Namen umgeschrieben ist, die Erben sich zunächst als solche in ungeteilter Erbengemeinschaft eintragen lassen, bevor die Eintragung der an den oder die Miterben bewirkten Übereignung erfolgen kann. KGJ. 26 A 151, OLG. 5 389, RJA. 3 146, CBlFrG. 3 361; OLG. 8 223.

Dagegen Conrades, R. 03 100: Auch Erben eines nicht eingetragenen Zessionars können ohne ihre vorherige Eintragung über das Recht verfügen, da sie, wenn sie sich im Besitze des über das Recht ausgestellten Briefes befinden und den durch § 1155 BGB. geforderten Nachweis erbringen, nach § 40 Abs. 2 dem eingetragenen Gläubiger gleichstehen. Die bloße Buchstabeninterpretation kann nicht richtig sein, wenn die Logik zu einem anderen Ergebnisse zwingt und Zweckmäßigkeitsgründe eine entgegenstehende Entscheidung rechtfertigen.

4. Das Erfordernis der Eintragung des Erben beschränkt sich auf den Fall der Übertragung oder Aufhebung eines Rechtes zur Vermeidung unnötiger Arbeit und Kosten, da der Erbe sogleich nach seiner Eintragung zufolge der Übertragung oder Aufhebung des Rechtes wieder als der Berechtigte aus dem Grundbuche verschwinden würde. Dies trifft auch zu, wenn bei der Veräußerung eines Grundstücksteils die Erben eines Hypothekengläubigers erklären, daß die Hypothek nur zu einem Teile auf die abzuschreibende Parzelle übertragen und zu diesem Teile auf dem Restgrundstücke gelöscht werden soll, da die Entpfändung einzelner Grundstücksteile nichts anderes ist, als die teilweise Aufhebung der Hypothek bezüglich der Teile, welche für die Forderung nicht ferner haften sollen. KGJ. 23 A 149, OLG. 4 80, RJA. 2 242. Soll dagegen eine Hypothek nicht übertragen oder aufgehoben, sondern soll nur ihr Inhalt geändert, z. B. eine Änderung von Rückzahlungsbedingungen eingetragen werden, so trifft die Ausnahmevorschrift des § 41 zugunsten des Erben des eingetragenen Berechtigten keine Anwendung, vielmehr muß sich gemäß § 40 Abs. 1 der Erbe zuvor als Berechtigter eintragen lassen, und ist der Erbe Vorerbe, so sind gemäß § 52 zugleich die Rechte des Nacherben an der Hypothek einzutragen. KGJ. 27 A 125, OLG. 7 370, RJA. 4 56. Wird eine Hypothek unter Umwandlung in eine Grundschuld abgetreten, so ist dies nicht eine bloße „Übertragung" im Sinne des § 41, denn durch die Umwandlung wird zugleich das bisher eingetragene Recht umgestaltet und der Inhalt des Rechtes am Grundstücke geändert, wozu es der Einigung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Berechtigten bedarf (BGB. §§ 877, 873). Deshalb muß der Erbe eines eingetragenen Eigentümers, der nach Bezahlung einer Hypothek die dadurch entstandene Eigentümergrundschuld unter Umwandlung in eine Hypothek an einen Dritten übertragen will, sich zuvor als Grundstückseigentümer und als Grundschuldgläubiger eintragen lassen. KGJ. 25 A 309, RJA. 3 202, OLG. 6 327, CBlFrG. 3 684, R. 03 149.

Kretzschmar, SächsA. 12 548, stellt der Übertragung des Eigentums dessen Aufgabe durch Verzicht (BGB. § 928) gleich. Ebenso Turnau-Förster II 269.

5. Nichteingetragene Erben des eingetragenen Grundstückseigentümers sind berechtigt, die Löschung von Altenteilen und Hypotheken zu beantragen, da das Antragsrecht (GBO. § 13 Abs. 2) dem Eigentümer, nicht bloß dem eingetragenen Eigentümer zusteht und, soweit es sich um die Löschung einer Hypothek handelt, der Erblasser bereits als eventueller Inhaber der gemäß § 1163 BGB. ihm zufallenden Hypothek eingetragen gilt. KGJ. 23 A 156, RJA. 2 244, OLG. 3 390. Dabei ist es unerheblich, ob schon dem Erblasser oder erst dem Erben die für die Löschung erforderlichen Urkunden

ausgehändigt sind oder ob die Löschung erst **nach** dem Tode des eingetragenen Eigentümers möglich war. OLG. **1** 303 Anm. 1 (KG.). Vgl. o. Ziff. 3 zu § 40.

6. Übergangszeit. Ist unter der Herrschaft des früheren Rechtes eine Witwe durch Testament des Erblassers ermächtigt, an Stelle seiner zu Erben berufenen Kinder den Nachlaß unumschränkt zu verwalten und Grundeigentum zu veräußern (vgl. KGJ. **14** 101, 131), so bedarf sie zur Auflassung von Nachlaßgrundstücken nicht der Zuziehung der Erben, als deren Vertreter sie vielmehr handelt. KGJ. **21** A 136.

7. Viel erörtert worden ist die Frage, ob als „Erbe" im Sinne des § 41 auch der Vorerbe zur Aufhebung oder Übertragung eines Rechtes befugt sei, oder ob es hierzu der Mitwirkung des Nacherben oder der Wahrung seiner Rechte durch deren Eintragung in sinngemäßer Anwendung des § 52 bedürfe. Dabei wird noch unterschieden, ob es sich um eine gewöhnliche oder um eine befreite Vorerbschaft (BGB. §§ 2136 ff.) handelt.

a) Während Thiesing AzivPr. **94** 243, R. **03** 37, dem Vorerben schlechthin das Recht zugesteht, ohne vorgängige Eintragung und ohne Zustimmung des Nacherben ein ererbtes Recht zu übertragen oder aufzuheben, und den Nacherben darauf verweist, alsbald von dem Vorerben nach § 895 BGB. zu verlangen, daß dieser sich eintragen und zugleich das Recht des Nacherben buchen lasse (vgl. JDR. **2** zu § 895 BGB.), fordert Herrmann, R. **03** 233, die Eintragung der Rechte des Nacherben, wenn der Vorerbe gemäß § 41 eine Übertragung oder Aufhebung seines Rechtes vornimmt. Blanckmeister, R. **01** 423, befürwortet zum Schutze des Nacherben eine ausdehnende Auslegung des § 52 dahin, daß das Recht des Nacherben nicht nur bei der wirklich erfolgenden Eintragung des Vorerben, sondern auch dann von Amts wegen einzutragen sei, wenn der Vorerbe nach dem Grundsatze des § 40 Abs. 1 eingetragen werden müßte und seine Eintragung nur auf Grund des § 41 unterbleibe. Wird eine Eintragung nicht von dem Vorerben selbst, sondern von einem Dritten, der sich auf die Bewilligung des Vorerben stützt, beantragt, so ist diese abzulehnen, wenn nicht zugleich die Eintragung des Rechtes des Nacherben bewilligt und beantragt wird.

b) In Unterscheidung der befreiten und nicht befreiten Vorerbschaft hält L. Cohn, JW. **03** 364, zur Übertragung oder Aufhebung eines für den Erblasser eingetragenen Rechtes, soweit der Vorerbe nicht befreit ist, die Bewilligung des Vorerben und Nacherben für erforderlich, bei befreiter Vorerbschaft dagegen die Zustimmung des Nacherben für entbehrlich, wobei es gleichgültig ist, ob die Verfügungsbeschränkung im Grundbuch eingetragen ist oder nicht. Nach der Ansicht von Schwarz, R. **03** 227 hat — abgesehen von den Fällen der §§ 2136 ff. — der Grundbuchrichter die Überschreibung eines aufgelassenen Grundstücks auf den Namen des Erwerbers so lange abzulehnen, als nicht die Zustimmung des Nacherben zu der unbeschränkten Übereignung des Grundstücks in der im § 29 vorgeschriebenen Form dargetan oder als nicht die Überschreibung des aufgelassenen Eigentums als eines nur beschränkten bewilligt und beantragt wird. Sofern aber dies geschieht, kann die auf dem aufgelassenen Eigentume lastende Beschränkung nur dadurch im Grundbuche zum Ausdrucke gebracht werden, daß gleichzeitig mit der Eintragung der Auflassung die Rechte des Nacherben in derselben Weise im Grundbuch eingetragen werden, wie dies im Falle des § 52 von Amts wegen geschehen müßte.

Drewes, DJZ. **03** 198, führt aus: Bei befreiter Vorerbschaft (mit Ausnahme von unentgeltlichen oder Zwangsverfügungen) kann der Vorerbe Rechte übertragen oder aufheben, ohne daß er oder der Nacherbe zuvor eingetragen zu sein braucht. Bei nicht befreiter Vorerbschaft (und den beiden Ausnahmen) hat

sich der Vorerbe zunächst eintragen zu lassen, wobei das Recht des Nacherben von Amts wegen zu vermerken ist. Bei nicht befreiter Vorerbschaft muß der Grundbuchrichter die Zustimmung des Nacherben verlangen. Zur Prüfung der Entgeltlichkeit kann das Grundbuchamt die Aufdeckung des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts nicht verlangen. Geht jedoch die Entgeltlichkeit aus der Eintragungsbewilligung nicht hervor und weigert sich der Vorerbe, diese darzutun, so gilt gegen ihn die Vermutung der Unentgeltlichkeit.

c) Martinius, DNotV3. **03** 348: Zusammenwirkend stellen Vorerbe und Nacherbe stets den „Erben" dar. Ihrer Eintragung bedarf es nicht, wenn beide Übertragung oder Aufhebung eines für den Erblasser eingetragenen Rechtes bewilligen. Dagegen ist auch der im weitesten Maße befreite Vorerbe allein nicht als „Erbe" in Betracht zu nehmen. Will der Vorerbe ein für den Erblasser eingetragenes Recht einem Dritten übertragen, so muß er zunächst seine Eintragung als Vorerbe und die des Nacherben herbeiführen. Letztere hat nötigenfalls von Amts wegen zu erfolgen (§ 52 GBO.). Die Übertragung auf den Dritten geschieht sodann auf die Bewilligung des Vorerben unbeschadet des Rechtes des Nacherben aus der Eintragung und aus § 2113 Abs. 2 BGB. (betreffend die Unwirksamkeit unentgeltlicher Verfügungen des Vorerben).

d) Die Rechtsprechung hat geschwankt. Das KG. hat anfänglich (OLG. 3 391, KGJ. **23** A 151) die Ansicht vertreten, daß der nach den §§ 2136, 2137 BGB. befreite Vorerbe ohne vorherige Eintragung über die für seinen Erblasser im Grundbuch eingetragenen Rechte verfügen dürfe, während bei nicht befreiter Vorerbschaft die zuvorige Eintragung des Vorerben und der Rechte des Nacherben verlangt wurde. OLG. **4** 124. Ebenso OLG. **5** 239 (Dresden), Sächs. OLG. **23** 439, CBlFrG. **3** 165. In neueren Entscheidungen (KGJ. **26** A 264, **27** A 125, OLG. **6** 320, RJA. **3** 250) hat jedoch das KG. auch hinsichtlich der befreiten Vorerbschaft strengere Anforderungen gestellt, indem es ausführt: Erbe im Sinne des § 41 Abs. 1 ist außer dem Vorerben auch der Nacherbe, da sein Recht durch die Eintragung der Eigentumsübertragung ohne Eintragung seiner nacherbschaftlichen Rechte gegenüber dem gutgläubigen Grundstückserwerber Einbuße erleiden würde. Vor- und Nacherbe zusammen sind nach § 41 von der Verpflichtung, sich zuvor als Berechtigte eintragen zu lassen, befreit, sie dürfen deshalb gemeinsam das Nachlaßgrundstück auflassen. Will dagegen der Vorerbe von der durch § 41 Abs. 1 gewährten Vergünstigung keinen Gebrauch machen, so bedarf es in Gemäßheit der alsdann zur Anwendung kommenden §§ 40 Abs. 1, 52 der vorangehenden Eintragung des Vorerben und der Rechte des Nacherben. Hiernach bedarf es zur Auflassung eines Nachlaßgrundstücks entweder der Eintragung des Vorerben und der Nacherbenrechte oder der gemeinschaftlichen Bewilligung des Vorerben und des Nacherben ohne die vorbezeichnete Eintragung. Diese Grundsätze gelten auch für den Fall der befreiten Vorerbschaft.

**§ 42.** 1. Der § 42 enthält nur eine Ordnungsvorschrift und bezweckt, festzustellen, daß derjenige, gegen den die Eintragung sich richtet, der wirklich Berechtigte ist. Erfolgt daher die Eintragung ohne Vorlegung des Briefes, so leidet ihre Wirksamkeit nicht, wenn nur die durch Vorlegung des Briefes darzutuende Legitimation in dem Zeitpunkte der Eintragung wirklich bestand. War die Hypothek, sei es vor, sei es nach der Eintragung abgetreten, so steht jedenfalls dem eingetragenen Hypothekengläubiger ein Beschwerderecht nicht zu. KGJ. **27** A 82, RJA. **4** 66, DJZ. **04** 173.

2. Kann eine Eintragung nicht mit der Beschwerde angefochten werden (§ 71 Abs. 2 Satz 1), so ist es auch unzulässig, die Beseitigung des Vermerkes in dem Hypothekenbriefe mit diesem Rechtsmittel zu fordern. KGJ. **25** A 164.

3. Es ist Sache der Beteiligten, den Brief vorzulegen, sofern ihn nicht das Grundbuchamt in Gewahrsam hat. Letzteres ist nicht der Fall, wenn der Grundbuchrichter die Zusendung des Briefes an den Berechtigten angeordnet, der Gerichtsschreiber aber auf Grund § 15 des preuß. GKG. seine Aushändigung gemäß § 13 Ziff. 1 der KassenO. von der Zahlung der durch die Eintragung entstandenen Kosten abhängig gemacht und gemäß § 13 Ziff. 5, 9 der KassenO. zur Gerichtskasse gegeben hat. Die Übergabe an die Gerichtskasse steht auf seiten des Grundbuchamts der Herausgabe des Briefes an den Empfangsberechtigten gleich, die Gerichtskasse verwahrt für ihn den Brief, indem sie wegen der Kosten in Vertretung des Fiskus ein Zurückbehaltungsrecht daran ausübt. Der Grundbuchrichter ist daher nicht verpflichtet, die Gerichtskasse zu ersuchen, den Brief vorübergehend zu den Grundakten herüberzugeben, vielmehr ist es Sache des Beteiligten, das der Vorlegung entgegenstehende Hindernis durch Bezahlung der Kosten zu beseitigen. OLG. 7 369 (KG.).

4. Der Grundbuchrichter darf die Eintragung einer Vormerkung bei einer Hypothek mit Recht ablehnen, wenn ihm nicht der Hypothekenbrief vorgelegt wird. Das gilt auch für den Fall, daß ein Eintragungsersuchen des Prozeßgerichts vorliegt, dem nicht zugleich der Hypothekenbrief beigefügt ist. Der Vorlegung steht es aber gleich, wenn das Grundbuchamt den Brief in Gewahrsam hat. Denn der Hypothekenbrief steht zwar dem Eigentümer zu, so daß an sich ohne seine Einwilligung nicht darüber verfügt werden darf; jedoch ersetzt die gegen den Eigentümer im Wege der einstweiligen Verfügung angeordnete Eintragung der Vormerkung zugleich seine Einwilligung in die Briefvorlegung und den Vermerk der Eintragung auf dem Briefe. OLG. 7 369 (KG.).

5. Einzelnes.

a) Huther, MecklZ. 21 75: Unter einer Eintragung, die „bei" einer Briefhypothek erfolgt, ist jede eine solche betreffende Eintragung zu verstehen. Daher ist auch, wenn bei Abschreibung eines Grundstücks die Hypothek auf diesem gemäß § 47 Abs. 2 als gelöscht gilt, der Brief zur Eintragung des Löschungsvermerkes vorzulegen.

b) Schröder, DJZ. 03 221: Zur Eintragung der Vorrangseinräumung genügt bei Hypotheken außer der Zustimmung des Eigentümers die einseitige Bewilligung des zurücktretenden Gläubigers (§ 19), deshalb ist auch die Eintragung nur bei der zurücktretenden Post und auf dem über sie gebildeten Briefe für notwendig zu erklären. Nur auf besonderen Antrag des vortretenden Gläubigers soll der Vorrang auch bei der vortretenden Post und auf dem zugehörigen Briefe vermerkt werden.

c) Dem Ersuchen des Konkursgerichts um Eintragung der Eröffnung des Konkursverfahrens bei einer für den Gemeinschuldner eingetragenen Hypothek ist auch mangels Vorlegung des Hypothekenbriefs zu entsprechen, da es sich nur nm Befolgung der im § 113 Abs. 2 KO. vorgesehenen Verpflichtung handelt und die Eintragung des Sperrvermerkes gerade bei dem Fehlen des Briefes, z. B. weil ihn der flüchtige Schuldner dem Konkursverwalter vorenthält, geboten ist, während, wenn der Konkursverwalter den Brief in Besitz hat, schon hierdurch unbefugten Verfügungen des Gemeinschuldners vorgebeugt wird. KGJ. 23 D 27 (OLG. Hamburg), RJA. 2 204, OLG. 3 194, DJZ. 01 488; Eccius, DJZ. 01 379.

6. Zu Abs. 1 Satz 2. Die für Widersprüche zugelassene Ausnahme darf nicht auf Vormerkungen ausgedehnt werden, auch nicht auf die Vormerkung aus § 1179 BGB. In den Fällen des § 18 ist die Eintragung des Widerspruchs von der Vorlegung des Briefes abhängig zu machen. Turnau-

Förster II 272, 273. A. M. wegen des Widerspruchs aus § 18 Oberneck 262.

**§ 44.** Der § 44 bezieht sich — gleich den vorhergehenden §§ 42, 43 — nicht auf die erste Eintragung einer Hypothek fraglicher Art, sondern auf Eintragungen späterer Rechtsänderungen bezüglich dieser. Da eine Hypothek dieser Art stets eine Sicherungshypothek ist, so hat die Schuldurkunde usw. im Verkehre die Bedeutung des Briefes, da sich die Übertragung des Rechtes auf sie ohne eine Eintragung in das Grundbuch vollzieht. Bei entgegengesetzter Auffassung wäre es unter Umständen gar nicht möglich, der Vorschrift nachzukommen, da es vorkommen könnte, daß derartige Schuldverschreibungen in Verkehr gesetzt werden, bevor das Recht zur Eintragung gekommen ist. OLG. **6** 105 (Colmar), ElsLothrJZ. **28** 340, CBlFrG. **3** 718. Ebenso Turnau-Förster II 276; Kretzschmar, Einf. I 407 und CBlFrG. **3** 431; Fuchs 606; Planck und Neumann zu § 1188 BGB. A. M. Oberneck 700.

**§ 45.** 1. Mumm, R. **00** 279, teilt einen Erlaß des preuß. JM. vom 19. 4. 00 — auch abgedruckt im CBlFrG. **2** 498 — mit, wonach bei den Eintragungen im Grundbuche der Tag anzugeben ist, an dem die Eintragung selbst stattgefunden hat, gleichviel, wann die Tagangabe und die Unterschriften eingeschrieben werden. Dies ist auch bei der Beratung des Entwurfes der GBO. in der Reichstagskommission von einem Vertreter der verbündeten Regierungen ohne Widerspruch festgestellt worden und auch in der Begründung des Entwurfes eines AGzGBO. vorausgesetzt und bei der Beratung des Entwurfes im Abg. Hause nochmals bestätigt worden. Übereinstimmend eine Verfügung des Präsidenten des OLG. Hamm, R. **01** 458.

Auch Saar, CBlFrG. **1** 902, vertritt die Ansicht, daß eine Eintragung erst mit der Angabe des Tages der Eintragung sich vollendet, und bekämpft eine Bekanntmachung des bayr. JM. vom 17. 7. 00, wonach, wenn nach der Unterzeichnung einer Eintragung eine Unrichtigkeit gefunden wird, eine Berichtigung im Wege der Neueintragung unter Verweisung auf die frühere Eintragung für zulässig erachtet wird.

Scholz, ElsLothrJZ. **27** 213, erklärt nach den für Elsaß-Lothringen getroffenen Ausführungsbestimmungen jede Eintragung, die nicht der Grundbuchführer vorgenommen hat, für unwirksam, es sei denn, daß der Richter die Eintragung mittels Unterschrift vollzogen hat. Die Eintragung wird vollendet mit der Buchung, nicht mit der Unterschrift.

Huther, MecklZ. **20** 291, erachtet nach der Mecklenburgischen AusfV. zGBO. eine Eintragung für unwirksam, wenn der Beamte eines unzuständigen Grundbuchamts oder ein nach der Geschäftsverteilung unzuständiger Beamter sie bewirkt hat, doch wird sie durch die nachfolgende Unterschrift des zuständigen Beamten (mit dem Datum der Vollziehung) wirksam. Hat ein zuständiger Beamter die Eintragung bewirkt, so wird diese nicht dadurch unwirksam, daß ein unzuständiger Beamter sie unterschreibt.

2. Nach § 125 der SächsAV. kann die Eintragung durch Ausstreichungen, Änderungen oder Einschaltungen verbessert werden; eine solche Verbesserung ist am Rande der Eintragung in die Spalte der Anmerkungen durch eine von dem Grundbuchbeamten zu unterschreibende und mit der Angabe des Tages zu versehende Bemerkung zu rechtfertigen. Nach erfolgter Unterzeichnung der Eintragung durch den Grundbuchrichter erscheint eine Änderung der Eintragung nur mittels besonderer Eintragung zulässig; in der Regel wird es dazu des Gehörs der Beteiligten bedürfen. Unter allen Umständen gilt dies, wenn die Änderung den Inhalt des eingetragenen Rechtsverhältnisses berührt, so z. B., wenn bei einer Hypothek der Betrag der Forderung zu hoch angegeben ist. Hier wird

inzwischen von Amts wegen ein Widerspruch gegen die Hypothek, soweit sie den wirklichen Betrag der Forderung überschreitet, einzutragen sein (§ 54 Abs. 1 Satz 1). Kretzschmar, Einf. I 117, SächsA. **11** 62.

3. R. Förster, Buschs Z **32** 316, bekämpft die aus dem Wortlaute des § 45 gezogene Folgerung, daß eine Eintragung bereits fertig erfolgt sei, ehe Datum und Unterschrift hinzugefügt seien, meint vielmehr, daß die Feststellung, wie eine Eintragung beschaffen sein müsse, um materielle Rechtswirkung zu haben, nur aus dem BGB. zu entnehmen sei. Hierbei folgert er aus den §§ 892, 894 BGB., daß unter Eintragung alles zu verstehen sei, was im Grundbuche stehe, ohne Rücksicht darauf, ob die Eintragung den Vorschriften des formellen Grundbuchrechts entspreche, wenn es nur in sich verständlich sei, ein der Eintragung unterliegendes Recht betreffe und die für die Entstehung einzelner Rechte gegebenen Minimalvorschriften (z. B. BGB. § 1115) erfülle, selbst wenn die Eintragung von einem Unbefugten vorgenommen oder gefälscht sei. Ordnungsmäßig sei aber eine Eintragung nur, wenn sie den Formvorschriften der GBO. entspräche, und das sei nach § 45 nur der Fall, wenn sie mit dem Datum und der Unterschrift des (oder der) Grundbuchbeamten versehen sei; erst hierdurch sei die ordnungsmäßige Eintragung vollendet. Als Tag der Eintragung sei deshalb überall der Tag, an dem der Grundbuchbeamte unterschreibe, anzusehen, und es sei deshalb in Preußen bei der Einschreibung das Datum offen zu lassen und erst von dem Grundbuchrichter bei seiner Unterschrift einzufügen.

Gegen ihn Turnau-Förster II 277, 278, welche eine von einer unbefugten Person oder eine von dem Gerichtsschreiber ohne Anordnung des Richters vorgenommene Eintragung für unwirksam erachten und (279) in Preußen dem Richter bis zu dem Zeitpunkt, in welchem er bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange die Richtigkeit der Eintragung kontrollieren konnte, die Befugnis zur Verbesserung von Versehen des Gerichtsschreibers und zur Änderung des in der Verfügung vorgeschriebenen Wortlauts zugestehen.

4. Turnau-Förster II 277; Achilles-Strecker 280: Die nicht datierte Eintragung steht allen datierten Eintragungen in anderen Abteilungen nach, welche ein früheres Datum führen, als die auf die undatierte zunächst folgende Eintragung. Vgl. IDR. **1** Ziff. 2 zu § 879 BGB.

**§ 46.** 1. Der § 46 bezieht sich nicht nur auf die Eintragungen von Rechten, sondern auch auf sonstige Eintragungen, z. B. von Veräußerungsverboten, Widersprüchen und Vormerkungen. Wird daher z. B. bei der gleichzeitigen Eintragung einer Auflassungsvormerkung und einer Sicherungshypothek nicht vermerkt, daß die Sicherungshypothek der Vormerkung im Range nachsteht, so haben die Eintragungen gleichen Rang. Kretzschmar, SächsA. **11** 30; Einf. I 59.

2. Verstößt der Grundbuchrichter gegen die Vorschrift des § 46 und erhält infolge des Verstoßes eine Eintragung nicht denjenigen Rang, der ihr nach der Zeitfolge des Antrags zukommt, so wird dadurch das Grundbuch nicht unrichtig, denn der Rang wird erst durch die Eintragung begründet. Es kann deshalb auch ein Widerspruch auf Grund des § 54 nicht eingetragen werden. Böthke, Gruchots Beitr. **45** 186. Dagegen ist das zulässig, wenn der die Eintragungen bewilligende Eigentümer ein besonderes Rangverhältnis für die mehreren Rechte bestimmt hat und das Rangverhältnis einen Teil der zwischen den Beteiligten erfolgten Einigung bildet. Die Sache liegt hier ebenso, wie in dem Falle, daß bei der Eintragung einer nachträglichen Abänderung eines Rangverhältnisses (BGB. § 881) etwas versehen worden ist. Kretzschmar, SächsA. **11** 29, CBlFrG. **2** 716; Einf. I 58.

3. Die Vorschrift des § 46 Abs. 1 Halbs. 2, wonach, wenn Anträge auf mehrere Eintragungen gleichzeitig gestellt werden, im Grundbuche zu vermerken

ist, daß die Eintragungen gleichen Rang haben, betrifft nur den Fall, daß die gleichzeitig gestellten Anträge auf neue Belastungen mit mehreren Rechten gerichtet sind. Handelt es sich dagegen um Umschreibung bereits eingetragener Rechte auf einen neuen Inhaber, so ist für deren Rangverhältnis untereinander der Zeitpunkt des Einganges der Umschreibungsanträge ohne Bedeutung. Ist ein Teil einer Hypothek durch Zahlung des Eigentümers Eigentümergrundschuld geworden und daher kraft Gesetzes im Range hinter die Resthypothek getreten (BGB. § 1176), so muß, wenn der getilgte Hypothekenanteil auf den Eigentümer oder einen Dritten umgeschrieben wird, zugleich die Rangänderung von Amts wegen im Grundbuch eingetragen werden. KGJ. **21** A 165, **25** A 306, RJA. **3** 202, OLG. **6** 202.

4. Abs. 3. Die abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses bedarf als eine den materiellen Inhalt der Hypothek betreffende Erklärung des Nachweises durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde (§ 29). OLG. **7** 335 (KG.).

**§ 47.** 1. Abs. 2. Die Unterlassung der Übertragung hat dieselbe Bedeutung wie die Eintragung des Löschungsvermerkes (§ 47 Abs. 1), und zwar auch dann, wenn die Mitübertragung des Rechtes aus Versehen unterblieben ist. Demgemäß ist die Beschwerde dagegen unzulässig, vielmehr kann im Wege der Beschwerde nur verlangt werden, daß das Grundbuchamt angewiesen wird, nach § 54 einen Widerspruch einzutragen (§ 71 Abs. 2). Dabei wird aber vorausgesetzt, daß es sich um ein Recht handelt, welches durch die Löschung in seinem Bestande beeinträchtigt wird. Ein solches Recht ist die auf Grund § 18 des Ges. vom 2. 3. 50 eingetragene Rentenbankrente nicht, da deren Wirksamkeit von der Eintragung im Grundbuche nicht abhängig ist (Art. 22 des PrAGzBGB.). Wird daher bei der Übertragung eines Grundstücksteils auf ein anderes Blatt der Vermerk der Rentenpflichtigkeit durch ein Versehen des Grundbuchamts nicht mitübertragen, so ist die Übertragung nachträglich zu bewirken. KGJ. **27** A 115, OLG. **8** 319.

Oberneck, Gruchots Beitr. **43** 895, erachtet bei Nichtübertragung eines eingetragenen Rechtes das Grundbuchamt für berechtigt, das Versäumte nachzuholen, vorausgesetzt, daß das abgeschriebene Grundstück noch nicht weiter veräußert ist, und Wolff, AzivPr. **91** 368, wenigstens so lange, als die Eintragung noch nicht, insbesondere durch deren Mitteilung an die Beteiligten als abgeschlossen anzusehen ist. Gegen Oberneck wendet sich Kretzschmar, Einf. I 138 u. SächsA. **11** 153.

2. Huther, MecklZ. **21** 70, hält die Eintragung eines Löschungsvermerkes für erforderlich, wenn im Falle des § 90 Abs. 2 ein Teilgrundstück aus dem Grundbuch ausscheidet.

**§ 48.** 1. Es ist Sache der Beteiligten, diejenigen Erklärungen abzugeben, deren das Grundbuchamt als Unterlage für eine dem § 48 entsprechende Eintragung bedarf; eine Entscheidung über Art und Maß der Mitberechtigung steht dem Grundbuchamte nicht zu. OLG. **6** 488 (Jena), CBlFrG. **4** 97; Elf. LothrJZ. **27** 516 (LG. Straßburg); OLG. **8** 156 (Colmar).

2. Die unzureichende Bezeichnung des Gemeinschaftsverhältnisses bei der Eigentumseintragung beeinflußt auch die Vollständigkeit der Hypothekeneintragung und berechtigt daher den Hypothekengläubiger zu dem Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs. RG. **54** 85, JW. Beil. **03** 62. Vgl. JDR. **2** Ziff. 4 b zu § 894 BGB.

3. Ergibt eine Teilungsurkunde nicht die den Teilnehmern zugeteilten Anteile, so wird dieser Mangel dadurch gehoben, daß die Bruchteile in dem Eintragungsantrage bestimmt angegeben sind. OLG. **8** 155 (Colmar); CBlFrG. **4** 624, R. **04** 49.

4. a) Die Angabe der Bruchteile oder des Gemeinschaftsverhältnisses ist nicht wesentlicher Bestandteil der Auflassungserklärung, vielmehr genügt es, wenn die Erwerber die nach § 48 erforderlichen Erklärungen abgeben, während der Veräußerer kein Interesse daran hat, in welcher Weise die Erwerber mit dem Grundstücke verfahren wollen. CBlFrG. **1** 967 (Dresden), R. **01** 358.

b) Zu den im § 48 vorgesehenen Angaben und Bezeichnungen genügt eine in der Form des § 29 beigebrachte einseitige Erklärung der Berechtigten; der Erwähnung des der Gemeinschaft zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses oder der Größe der Anteile in der Auflassung wird es nicht bedürfen. Ist aber in der Auflassung darüber Bestimmung getroffen, so dürfte eine einseitige Abänderung seitens der Erwerber des Grundstücks als unzulässig zu erachten sein. Kretzschmar, SächsA. **11** 64; Einf. I 120.

5. Sind mehrere als Miteigentümer ohne Angabe des Teilnahmeverhältnisses (BGB. §§ 1008–1011) im Grundbuch eingetragen, so kann die Angabe der Bruchteile nachträglich durch eine übereinstimmende Erklärung sämtlicher Miteigentümer ergänzt werden, und die Eintragung der Bruchteile hat zu erfolgen, wenn die Erklärung in der Form des § 29 der GBO. abgegeben ist, ohne daß es einer Auflassung bedarf. Nur dann, wenn sachliche Bedenken gegen die Richtigkeit der Angabe der Bruchteile vorhanden sind, ist die Eintragung der Bruchteile abzulehnen. KGJ. **25** A 134, KGBl. **13** 109.

Die Vorschrift des § 48 ist auch bei Eintragungsersuchen einer Behörde (z. B. einer Auseinandersetzungsbehörde oder des Versteigerungsrichters) zu beachten; die ersuchende Behörde hat festzustellen und anzugeben, zu welchen Bruchteilen die Anteile den gemeinschaftlich Berechtigten zustehen oder welches das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis ist; eine Nachprüfung durch das Grundbuchamt ist ausgeschlossen. KGJ. **26** A 103; **23** A 224; OLG. **4** 190; **5** 301.

6. Gemeinschaft nach Bruchteilen.

a) Beim Miteigentum an einem Grundstücke nach Bruchteilen (BGB. §§ 1008 ff.) ist die Auflassung und Belastung des Anteils nur möglich, wenn dessen Größe aus dem Grundbuche hervorgeht. KGJ. **21** A 110.

b) Auf dem Anteile des Miteigentümers an einem Grundstücke kann eine Hypothek nur dann eingetragen werden, wenn die Größe des Anteils in einem Bruchteil aus dem Grundbuch ersichtlich ist. Geht aus dem Grundbuche hervor, daß das Grundstück im Miteigentume (nach Bruchteilen) steht, sind aber die Bruchteile der Miteigentümer nicht angegeben, so genügt dies nicht, da die Vermutung für gleiche Anteile (BGB. § 742) für den Grundbuchverkehr keine Bedeutung hat. KGJ. **20** A 304, **27** A 147, OLG. **2** 4 (KG.), OLG. **1** 301 (KG.), RheinAB. **00** 177, OLG. **4** 327 (KG.), SeuffA. **57** 269, OLG. **6** 489 (Dresden).

c) Soll eine Hypothek nur auf dem Anteil eines Miteigentümers gelöscht werden, so bedarf es zum mindesten der Angabe desjenigen Miteigentumsanteils, für welchen allein die Hypothek noch bestehen soll, und zwar muß der Anteil in einem bestimmten Bruchteile bestehen (vgl. BGB. § 1114). Durch die Löschung der Hypothek auf dem einen Anteile wird der andere entsprechend mehr belastet, deshalb muß gemäß § 40 Abs. 1 der Anteil des betroffenen Miteigentümers im Grundbuch eingetragen sein. Handelt es sich um die Löschung der Hypothek auf dem ganzen Grundstücke, so genügt die Zustimmung der Miteigentümer, auch wenn ihre Eigentumsanteile im Grundbuche nicht angegeben sind, da durch die Löschung nicht die Anteile der Miteigentümer, sondern das Miteigentumsrecht im ganzen betroffen wird. KGJ. **27** A 143.

d) Die Belastung des Bruchteils eines Grundstücks, dessen Allein-

eigentum im Verfahren der Zwangsversteigerung durch Zuschlag vom Ersteher erworben ist, mit einer Hypothek zur Sicherung des Kaufgelderrestes ist unzulässig, und das darauf gerichtete Ersuchen des Vollstreckungsrichters ist vom Grundbuchrichter abzulehnen. KGJ. 23 A 230. Ebensowenig kann der Alleineigentümer eines Grundstücks für eine Forderung, für die eine Hypothek an einem Bruchteile des Grundstücks eingetragen ist, eine zweite Hypothek an den übrigen Bruchteilen eintragen lassen. KGJ. 26 A 286, OLG. 8 133, RJA. 4 53. Erwirbt der Miteigentümer eines Grundstücks den Anteil des anderen Miteigentümers hinzu, so kann er diesen Anteil allein mit einer Hypothek nicht belasten, auch wenn er über diesen Anteil frei verfügen darf, während ihm die Verfügung über seinen früheren eigenen Anteil zugunsten Dritter versagt ist. KGJ. 27 A 119, RJA. 4 42; OLG. 8 134 (KG). Vgl. JDR. 1 Ziff. 1—4 zu § 1114 BGB.

e) Überträgt ein Miteigentümer seinen Anteil an den anderen Miteigentümer, so bedarf es nicht der vorgängigen Eintragung eines Vermerkes gemäß § 48. OLG. 8 154 (KG.). Dasselbe trifft zu, wenn Miteigentümer in einem gemeinsamen Rechtsakte eine Hypothek auf dem ganzen Grundstücke zur Löschung bringen. Dagegen muß der Miteigentumsanteil eingetragen sein, wenn ein Miteigentümer eine Hypothek nur auf seinem Anteile zur Löschung bringen will, da die beantragte Löschung einer neuen Belastung des anderen Miteigentumsanteils gleichkommt. OLG. 8 225, PosMSchr. 04 5 (KG.).

7. Gemeinschaft zur gesamten Hand.

a) Das BGB. läßt eine Gemeinschaft zur gesamten Hand nur bei der Gesellschaft, Gütergemeinschaft und Erbengemeinschaft zu; darüber hinaus darf eine solche nicht durch Parteibelieben geschaffen werden. KGJ. 23 A 224, OLG. 4 190, 5 301.

b) Bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand genügt nicht die Angabe, daß eine solche besteht, sondern es muß das maßgebende Rechtsverhältnis angegeben werden. OLG. 7 372 (KG.).

c) Mehrere Indossanten eines Wechsels stehen nicht in einer Rechtsgemeinschaft, vielmehr entsteht der Regreßanspruch jedes Indossanten gegen den Aussteller oder Akzeptanten aus dem selbständigen Rechtsgrunde seines Indossaments und seiner Zahlungsleistung. Deshalb muß für jeden Indossanten eine besondere Hypothek in Höhe der einem jeden zu sichernden Summe, für welche er sein Indossament gegeben hat, bestellt und eingetragen werden. OLG. 7 196, R. 03 365, PosMschr. 03 91, OLG. 8 155 (KG.).

d) Für zwei Gesamtbürgen kann eine gemeinschaftliche Hypothek nicht bestellt werden, wohl aber eine Sicherungshypothek in der Weise, daß sie beiden Bürgen nacheinander haftet und für den zweiten Bürgen insoweit in Betracht kommt, als die festgestellte Forderung des ersten Bürgen hinter dem Höchstbetrage der Sicherungshypothek zurückbleibt. OLG. 8 156 Anm. 1 (KG.).

e) Gehört eine Hypothek zu einem ungeteilten Nachlasse, so kann zwar jeder Miterbe über seinen Anteil an dem Nachlasse verfügen und auch einem der mehreren Miterben übereignen; eine solche Übereignung kann aber im Grundbuche nur dadurch zum Ausdrucke gebracht werden, daß alle Miterben im Grundbuche vermerkt werden und gleichzeitig der Übergang des Anteils des einen auf den anderen eingetragen wird. Dies folgt aus § 48, wonach bei einem gemeinschaftlichen Rechte das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bei der Eintragung angegeben werden soll. Die Bezugnahme auf § 41 versagt, da dessen Anwendung voraussetzt, daß sämtliche Miterben die Übertragung oder Löschung des Rechtes ihres Erblassers beantragen. OLG. 1 302 (KG.).

8. Weder eine Bezeichnung der Bruchteile noch eine Gemeinschaft zur

gesamten Hand liegt vor, wenn von mehreren Gläubigern jeder eine bestimmte Summe als Darlehen gegeben hat. Die Aufnahme einer gemeinschaftlichen Schuldurkunde ist zwar nicht unzulässig, kann aber nicht dazu führen, daß die beiden Darlehen die Grundlage für eine einzige Hypothek abgeben. Die Eintragung der beiden Darlehen kann daher nicht unter einer Nummer in das Grundbuch erfolgen. KGJ. **20** A 101.

9. Zulässig ist die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek für ein Vermächtnis, das der Erblasser den noch nicht erzeugten Abkömmlingen seiner Kinder zugewendet hat, und überhaupt zugunsten einzelner zur Zeit unbekannter Berechtigten (vgl. §§ 126, 128 ZwVerstGes.). Wenn in diesem Falle wegen Ungewißheit der Anzahl der Berechtigten deren Anteile in Bruchteilen nicht angegeben werden können, so ist von der Befolgung der Ordnungsvorschrift des § 48 Umgang zu nehmen. KGJ. **25** A 152, RJA. **3** 136, OLG. **5** 237, CBlFrG. **3** 354.

10. a) Auch wenn die Eintragung mehrerer ohne Angabe von Bruchteilen unter dem alten Rechte erfolgt ist, kann jetzt eine Verfügung über einen Bruchteil nur erfolgen, wenn vorher die Bruchteile eingetragen sind. OLG. **6** 488 (KG). — Dies gilt aber nicht, wenn ein Miteigentümer seinen Anteil an den anderen überträgt. OLG. **8** 154 (KG.).

b) Kockerols. RheinNotZ. **03** 102: Auch für die unter altem Rechte entstandenen gemeinschaftlichen Einfahrten, Dämme usw. ist zur Übertragung eines unabgeteilten Anteils durch einen den Miteigentümer vorherige Eintragung der Bruchteile ins Grundbuch erforderlich und sind alle Miteigentümer verpflichtet, zu dieser Berichtigung des Grundbuchs mitzuwirken.

**§ 49.** 1. Ist auf einem Grundstück eine Vertragshypothek eingetragen und wird auf Grund einer der Hypothek zugrunde liegenden vollstreckbaren Urkunde im Wege der Zwangsvollstreckung (ZPO. § 866) eine Sicherungshypothek auf einem anderen Grundstück eingetragen, so ist die Mitbelastung auf jedem Grundstücke von Amts wegen erkennbar zu machen. KGJ. **25** A 298, OLG. **6** 135. Dagegen Oberneck, R. **02** 309, welcher die Eintragung der Zwangshypothek nur zulassen will, wenn der Gläubiger, ohne daß es hierzu der Zustimmung des Eigentümers bedarf, auf die Vertragshypothek zu dem Betrage der einzutragenden Zwangshypothek verzichtet.

2. Eine Mitbelastung im Sinne des § 49 liegt nicht vor, und es erübrigt sich deren Eintragung im Grundbuche, wenn ein Nießbrauch an mehreren Grundstücken bestellt wird, da die Nießbrauchsrechte an jedem einzelnen Grundstücke jede ein selbständiges Recht für sich bilden, die nur durch die zufällig gemeinschaftliche Bestellung eine gemeinsame Bezeichnung erhalten haben. Spittel, R. **02** 552.

**§ 50.** Der Inhalt einer Reallast ist derart bestimmt zu bezeichnen, daß die Umrechnung in einen Geldbetrag ermöglicht wird, wenn auch nicht die ziffernmäßige Angabe des Jahreswerts der einzelnen Leistungen verlangt werden kann. KGJ. **22** A 303, RJA. **2** 191, OLG. **3** 360.

**§ 51.** Wenn der § 51 nur der Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber gedenkt, so hat dies darin seinen Grund, daß bei Abfassung des Gesetzes die Eintragung einer einheitlichen Hypothek für indossable kaufmännische Teilschuldverschreibungen unbedingt für zulässig erachtet wurde (vgl. BGB. § 1187). Dem Erfordernisse der Bezeichnung des „Gläubigers" (BGB. § 1115) wird dadurch genügt, daß als Gläubiger für die Forderung aus einem Orderpapiere der erste Nehmer des Papiers oder der durch Indossament legitimierte Inhaber eingetragen wird. KGJ. **22** D 28 (OLG. Dresden), OLG. **4** 191,

RJA. 2 147, SächsOLG. 23 76. Vgl. hierzu die Bemerkungen von Kretzschmar, CBlFrG. 2 634.

**§ 52.** Vgl. oben Ziff. 7 zu § 41.

1. Die Eintragung der Rechte des Nacherben bewirkt keine Änderung an dem Inhalte des Rechtes, sondern bekundet nur die Verfügungsbeschränkung, welcher der Vorerbe, und den Mangel des Verfügungsrechts, dem der Erbe in Ansehung des Rechtes unterliegt. Die Eintragung bezweckt den Schutz des Nacherben und die Sicherung der Durchführung der vom Erblasser getroffenen Anordnungen gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Kretzschmar, Einf. I 118.

Dagegen LG. Dresden, SächsA. 12 246: Die Eintragung der Nacherbenschaft hat nicht die Bedeutung einer Verfügungsbeschränkung, sondern nur die Kraft eines Widerspruchs, der den guten Glauben von Rechtsgeschäftsgegnern an der unbeschränkten Verfügungsbefugnis des Vorerben zerstört.

2. Eine namentliche Aufführung des Nacherben im Grundbuche verstößt nicht gegen das Gesetz, entspricht vielmehr in Preußen dem § 4 der AllgVerf. vom 20. 11. 99, wonach zur Bezeichnung des Berechtigten an erster Stelle der Name und erst, soweit dies nicht tunlich, andere den Berechtigten deutlich kennzeichnende Merkmale anzugeben sind. KGJ. 23 A 127, OLG. 5 237 (KG.).

3. Der Grundbuchrichter ist nicht befugt, eine Befreiung des Erben von den gesetzlich geordneten Verfügungsbeschränkungen (BGB. §§ 2104, 2113) als vorhanden anzusehen, wenn diese nicht im Erbscheine bezeugt ist. OLG. 5 238 (Dresden), SächsOLG. 23 439.

4. Der § 52 findet in allen Fällen entsprechende Anwendung, in denen ein der Nacherbfolge des neuen Rechtes ähnliches erbrechtliches Verhältnis in Betracht kommt. Dies gilt namentlich von der fideikommissarischen Substitution des preuß. ALR. und dem gemeinrechtlichen Universalfideikommisse. KGJ. 22 A 299; R. 03 582 (Jena).

5. Der § 52 ist nicht nur anzuwenden, wenn ein für den Erblasser eingetragenes Recht auf den Vorerben umgeschrieben wird, die im § 2111 BGB. angeordnete dingliche Surrogation fordert vielmehr die Anwendung jener Vorschrift auch auf die Ersatzgegenstände. Ist in diesem Falle das Recht des Nacherben dem Grundbuchamte bei der Eintragung nicht bekannt, so ist es nachträglich im Wege der Grundbuchberichtigung (§ 22) zu buchen. KGJ. 27 A 111, OLG. 8 321, RJA. 4 69.

6. Die Rechte des Nacherben sind auf dessen Bewilligung zu löschen und überhaupt nicht einzutragen, wenn er von vornherein auf die Eintragung verzichtet. KGBl. 14 23 (LG. Neu-Ruppin).

7. Beantragt ein Vorerbe die Eintragung seines Eigentums an einem Nachlaßgrundstücke, so ist das Recht des Nacherben von Amts wegen auch dann einzutragen, wenn der Erblasser schon vor dem 1. 1. 00 gestorben ist. KGJ. 20 A 81, 23 A 127, OLG. 1 21 (KG.). War dagegen die Eigentumseintragung vor dem 1. 1. 00 erfolgt, so darf der Eintritt des Nacherben nach dem 1. 1. 00 nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag erfolgen (§ 54 der preuß. GBO.). OLG. 5 432 (KG.) Vgl. JDR. 1 Ziff. 6 zu Art. 213 EGzBGB.

**§ 53.** 1. Die Ernennung des TV. wird vom Gesetz als eine Verfügungsbeschränkung des eingetragenen Erben angesehen, deshalb ist als Berechtigter der Erbe und gleichzeitig in Form einer Verfügungsbeschränkung das Vorhandensein des Vollstreckers zu buchen. Die Eintragung einer Hypothek lediglich auf den TV. ist unzulässig. OLG. 7 375 (KG.).

2. Die Eintragung, daß ein Testamentsvollstrecker ernannt ist, steht als Verfügungsbeschränkung der von dem Erben beantragten Eintragung des Eigen-

tumsüberganges entgegen, selbst wenn vorher eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung eingetragen war, sofern nur die Verfügungsbeschränkung zur Zeit der Eintragung der Vormerkung schon bestand. OLG. 1 410 (KG.).

3. Der Umstand, daß der Grundbuchrichter bei der Eintragung eines Vorerben nur die Rechte des Nacherben (§ 52), nicht auch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers gemäß § 53 eingetragen hat, ist auf die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ohne Einfluß, denn die Eintragung des Nacherben hat nur den Zweck, die Verfügungsbeschränkung des Vorerben zu veröffentlichen. OLG. 6 186 (KG.).

4. Außer der Tatsache, daß ein Testamentsvollstrecker ernannt, sind andere Eintragungen, insbesondere einer Verfügungsbeschränkung des Testamentsvollstreckers (z. B. daß er über die Hypothek nur mit Zustimmung des Amtsgerichts verfügen dürfe) bedeutungslos und daher nicht zulässig. Der Umfang der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers wird lediglich durch das im § 2368 BGB. vorgesehene Zeugnis erbracht. OLG. 1 116 (Hamburg).

**§ 54.** I. Eintragung eines Widerspruchs.

1. Frey, CBlFrG. 3 564: Der im § 54 Abs. 1 Satz 1 vorgesehene Widerspruch hat nur die Wirkung einer vorläufigen Maßregel, und zwar einer einstweiligen Verfügung; er kann daher auch nicht im bloßen Beschwerdewege beseitigt, noch durch erneuten Widerspruch außer Kraft gesetzt werden. Insbesondere ist auch seine Löschung im Wege des § 22 Abs. 1 ausgeschlossen, da durch seine Eintragung das Grundbuch nicht unrichtig wird und er unter den Begriff der Verfügungsbeschränkungen nicht fällt. Ferner CBlFrG. 2 361: Der Grundbuchrichter darf nur gegen die von ihm oder seinem Amtsvorgänger, nicht auch gegen die auf Anordnung des Beschwerdegerichts bewirkten Eintragungen einen Widerspruch eintragen, und auch nur so lange, als nicht ein Dritter auf Grund des § 892 BGB. ein Recht an dem Grundstück oder an dem betroffenen Rechte erworben hat, selbst wenn der Dritterwerber nicht in gutem Glauben gehandelt haben sollte. Gegen den unredlichen Dritterwerber ist Widerspruch im Wege der einstweiligen Verfügung auszubringen.

Auch Turnau-Förster II 296 bezeichnen den Widerspruch als eine nur vorläufige Sicherungsmaßregel, erachten sie aber auch für zuläßig, wenn inzwischen Dritte Rechte durch Eintragung erworben haben. „Die Herbeiführung des endgültigen Zustandes liegt in der Hand sowohl des durch das Versehen des Grundbuchamts Verletzten, als in der des durch die Eintragung des Widerspruchs Beeinträchtigten. In beiden Fällen muß der erstere nachweisen, der letztere habe bei dem Erwerbe seines Rechtes gewußt, daß das Grundbuch durch ein Versehen des Grundbuchamts unrichtig geworden sei. Der durch den Widerspruch Beeinträchtigte hat zur Begründung seiner Klage nur darzulegen, daß sein Recht zeitlich vor dem Widerspruch eingetragen ist."

2. Der Widerspruch gehört nicht zu den Rechten an einem Grundstück oder an einem solchen Rechte, deshalb kann auch zu seiner Bezeichnung auf die Eintragungsbewilligung nicht Bezug genommen werden, vielmehr muß aus der Eintragung genau hervorgehen, gegen welche Unrichtigkeit des Grundbuchs er sich richtet, zu wessen Gunsten er eingetragen ist und welchen Berichtigungsanspruch er betrifft. OLG. 4 322 (KG.).

Eine Eintragung, bei der gegen diese Grundsätze verstoßen worden, ist unwirksam. Die Vorschrift des § 885 Abs. 2 BGB. betrifft nur die Vormerkung und findet auf die Eintragung eines Widerspruchs nicht Anwendung. KGJ. 23 A 133, OLG. 8 109 (KG.).

3. Der Widerspruch ist eine vorläufige Eintragung zum Schutze gegen einen Erwerb auf Grund des guten Glaubens des Grundbuchs (BGB. §§ 892, 899) und, da der öffentliche Glaube sich nur auf Rechte an Grundstücken oder auf Rechte an solchen Rechten erstreckt (§ 892), nur unter dieser Voraussetzung zulässig. Der Vermerk, daß die Zwangsversteigerung angeordnet ist, ist weder ein Recht an einem Grundstücke noch ein Recht an einem solchen Rechte, soll vielmehr nur verhindern, daß der Schuldner nach Anordnung der ZwVerst. noch Verfügungen über das Grundstück treffen kann, welche entweder die Beteiligten der ZwVerst. oder den Erwerber zu benachteiligen geeignet sind. Die Eintragung eines Widerspruchs gegen den ZwVerst.Vermerk würde also inhaltlos und ohne Rechtswirksamkeit sein und ist demzufolge nicht buchungsfähig. KGJ. **26** A 77.

4. Gegen eine Vormerkung im Sinne des § 883 BGB. kann ein Widerspruch nicht eingetragen werden, da die Vormerkung kein Recht an einem Grundstück ist, auf welches sich der Grundsatz des öffentlichen Glaubens im Sinne des § 892 BGB. bezieht. Es ist daher bei der Vormerkung die Gefahr nicht vorhanden, daß infolge der publica fides des Grundbuchs Unrecht sich in Recht verwandeln könne. KGJ. **21** A 286. Dasselbe gilt von dem Widerspruch. S. Ziff. 3 c u. d zu § 71.

5. Der § 54 Satz 1 umfaßt auch die Löschung eines nicht erloschenen Rechtes. PosMschr. **03** 56 (KG.). Ebenso Wolff, AzivPr. **91** 368 und Turnau-Förster II 295. Über die aus Versehen unterlassene Mitübertragung eines eingetragenen Rechtes auf ein abgeschriebenes Trennstück vgl. Ziff. 1 zu § 47.

6. Das Grundbuch ist unrichtig und ein Widerspruch einzutragen, wenn sich herausstellt, daß der als Eigentümer Eingetragene in Wirklichkeit nicht Eigentümer ist, wenn z. B. ein Miteigentumsanteil nicht erworben werden konnte, weil der veräußernde Miterbe vor der Teilung des Nachlasses zur Verfügung über einen Anteil an dem zum Nachlasse gehörenden Grundstücke nicht befugt war. Die Eintragung des Widerspruchs berechtigt nicht den nur buchmäßig Berechtigten zu Verfügungen, die ohne die Eintragung des Widerspruchs unzulässig sind; er ist daher zur Weiterveräußerung des Grundstücks oder zur Erklärung der Zustimmung, daß Hypotheken gelöscht werden, nicht berechtigt. KGJ. **26** A 250, OLG. **8** 188. Vgl. Ziff. 9 zu § 19.

7. Der § 54 Abs. 1 findet auch bei der sogenannten Parzellenverwechselung und der doppelten Buchung von Grundstücken Anwendung. Kretzschmar, R. **03** 329; vgl. JDR. **2** Ziff. 1 zu § 894 BGB.

II. Unzulässige Eintragungen.

1. Schlomka, CBlFrG. **3** 523: Ihrem Inhalte nach unzulässig im Sinne des § 54 kann eine Eintragung überhaupt nur deshalb sein, weil das einzutragende Recht im BGB. als Grundstückslast überhaupt nicht zugelassen ist, die einzutragende Bestimmung über die gesetzlichen Grenzen des Rechtes hinausgeht, das Recht oder die Bestimmung auch sonst nicht nach den Gesetzen (z. B. auch nicht nach den Prozeßgesetzen) eintragbar ist, oder endlich die Eintragung nicht erforderlich ist zur Herbeiführung der gewollten Rechtsordnung, da diese bereits nach dem Gesetze besteht. Der Verf. erachtet hiernach in Bekämpfung der Ansicht des RG. — vgl. JDR. **1** Ziff. 5 zu § 1018 BGB. — die Löschung einer am eigenen Nachbargrundstücke bestellten Grunddienstbarkeit auf Grund des § 54 nicht für zulässig.

2. Auch Meeresufer können — vorbehaltlich ihrer Bestimmung zum öffentlichen Gebrauch — im Eigentume von Gemeinden und selbst von Privaten stehen. Deshalb ist die Eintragung von Strandparzellen auf den Namen einer Gemeinde möglich und daher nicht unzulässig. OLG. **6** 493 (KG.).

3. Einzelne Fälle unzulässiger Eintragungen s. oben S. 402 unter Ziff. 4.

Eine unwirksame und völlig bedeutungslose Eintragung, welche weder ein bestimmtes Recht begründet noch einen bestimmten Berechtigten bezeichnet, ist von Amts wegen zu löschen. OLG. 5 434 (KG.).

III. Der § 54 bezieht sich auch auf Hypotheken, die vor 1900 nach altem Rechte eingetragen, jedoch nach dem Grundsatz in Artt. 192 ff. EGzBGB. seit diesem Zeitpunkt als gültige Hypotheken des neuen Rechtes anerkannt sind. OLG. 2 175 (KG.).

**§ 55.** 1. Einer Bekanntmachung des Eigentumswechsels eines Grundstücks an die Hypothekengläubiger bedarf es nicht, da das ihnen zufolge ihrer Hypotheken zustehende Recht (und nur um dieses handelt es sich hier) durch einen Wechsel in der Person des Grundeigentümers nicht betroffen wird. OLG. 2 492 (Dresden), SächsOLG. **22** 149, **23** 445, SeuffA. **57** 383. A. M. Turnau-Förster II 299.

Ebensowenig hat der in Abt. II eingetragene Nacherbe ein Recht auf Benachrichtigung von der Eintragung einer Hypothek, da sein Recht durch die Eintragung weder aufgehoben noch geändert wird. OLG. 8 227 (KG.); KGJ. **28** A 152.

2. Wird ein Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenbrief erteilt, so braucht dem nach § 60 Abs. 1 berechtigten Empfänger des Briefes nicht noch eine besondere Nachricht gegeben zu werden, da der Brief den Eintragungsvermerk wörtlich enthält. Turnau-Förster 2 299. A. M. R. Förster 91 Nr. 2.

## Dritter Abschnitt.
## Hypotheken-, Grundschuld-, Rentenschuldbrief.

Literatur: Dennler, Der Hypothekenbrief des neuen Rechtes, SeuffBl. **68** 153. — Fischer, Der Hypothekenbrief im neuen Rechte, AbürgR. **14** 233 ff. — Vgl. auch JDR. **1** und **2** zu § 1116 BGB.

**§ 56.** 1. Wegen der Bedeutung der Hypothekenurkunden des älteren Rechtes s. JDR. **1** zu Art. 193 EGzBGB. und CBlFrG. 2 434 (KG.).

2. Über den Unterschied zwischen Siegel und Stempel s. JDR. **3** zu § 182 FrGG.

3. Unzulässigkeit der Bildung eines selbständigen Hypothekenbriefs wegen der über fünf v. H. hinausgehenden Zinsen: JDR. **1** Ziff. 3 zu § 1119 BGB.

**§ 57.** 1. Als Datum der Ausstellung des Briefes ist nicht der Tag der Eintragung der Hypothek, sondern der Tag anzugeben, an dem der Brief ausgefertigt wird, da nur so aus dem Briefe selbst urkundlich hervorgeht, daß die Vorschrift des § 879 BGB., wonach die unter Angabe desselben Tages eingetragenen Rechte gleichen Rang haben, nicht außer acht gelassen ist. Wolf, Gruchots Beitr. **46** 575. Vgl. die Anlagen B und G zur preuß. Allg. Verf. vom 20. 11. 99. Ist jedoch in dem Hypothekenbriefe bescheinigt, daß der eingetragenen Hypothek keine Eintragungen im Range vorgehen oder gleichstehen, so kann nicht noch die Erteilung einer ergänzenden Bescheinigung, daß an dem Tage der Eintragung der Hypothek keine Eintragung in der zweiten Abteilung des Grundbuchs erfolgt sei, verlangt werden, da hierdurch im Hinblick auf § 46 Abs. 2 der GBO. nur bescheinigt würde, daß ein Versehen nicht begangen sei, ein solches Zeugnis aber dem Grundbuchrichter nicht angesonnen werden kann. KGJ. **23** A 162, OLG. **4** 324.

2. In dem Hypotheken-(Grundschuld-)Briefe über eine auf einem Bruchteile des Grundstücks haftende Hypothek (Grundschuld) sind als im Range vorgehend oder gleichstehend nicht bloß diejenigen Belastungen aufzuführen, welche auf dem betreffenden Anteile ruhen, sondern auch die auf den anderen An-

teilen ruhenden Lasten, da auch die Belastung des Bruchteils eines Grundstücks das ganze Grundstück in allen seinen Teilen, nur vorbehaltlich der gleichartigen Rechte der anderen Miteigentümer ergreift (BGB. §§ 1106, 1114, 1192, 1199). KGJ. **26** A 304, OLG. **7** 198, RJA. **4** 36.

**§ 58.** 1. Die im § 58 vorausgesetzte Urkunde ist die Schuldurkunde, welche die Begründung der Forderung betrifft und deren Verbindung mit dem Hypothekenbrief angeordnet ist, um zu verhindern, daß entgegen der Bestimmungen des § 1153 BGB. über die Hypothek und über die verbriefte Forderung besondere Verfügungen getroffen werden. Abtretungserklärungen, auf die sich eine Eintragung gründet, sind gemäß § 9 GBO. in Urschrift oder in einer beglaubigten Abschrift von dem Grundbuchamt aufzubewahren und in Preußen nach § 35 der Allg. Verf. vom 20. 11. 99 zu den Grundakten zu nehmen. Die Umschreibung der Hypothek muß nur, wenn erst bei der Eintragung des neuen Gläubigers oder noch später ein Hypothekenbrief erteilt wird, gemäß § 57 Abs. 2 Nr. 3 der GBO. in den Auszug aus dem Grundbuche, den der Brief zu enthalten hat, aufgenommen werden. KGJ. **25** A 319, OLG. **6** 206, RJA. **3** 207.

2. Der § 58 Abs. 3 enthält keine Fiktion, sondern nur eine die Feststellung der nicht erfolgten Ausstellung einer Schuldurkunde erleichternde Beweisregel, welche nicht gilt, wenn die Grundakten ergeben, daß eine Schuldurkunde ausgestellt ist. OLG. **3** 363 (KG.), RJA. **2** 196.

3. Nach der Denkschrift 62 findet auf die in Abs. 3 vorgesehene Erklärung der § 29 Anwendung. Turnau-Förster II 325 halten diesen Satz der Denkschrift für anfechtbar, weil die Urkunde zur Eintragung der Hypothek (§ 19) nicht erforderlich sei. Achilles-Strecker 306 erachten eine formlose Erklärung für ausreichend, dasselbe nehmen sie von der Form der Vollmacht zur Abgabe dieser Erklärung an.

**§ 60.** 1. Bendix, SeuffBl. **67** 535: Das Recht, das der Grundstückseigentümer an dem dem Gläubiger noch nicht übergebenen Briefe hat, ist auflösend bedingt (BGB. §§ 159 ff.). Verfügungen, die der Eigentümer, solange er im Besitze des Briefes ist, getroffen hat, sind insoweit unwirksam, als sie den Erwerb für den eingetragenen Gläubiger vereiteln oder beeinträchtigen würden.

2. Bei der Briefhypothek erwirbt der Gläubiger die Hypothek erst, wenn ihm der Brief von dem Grundstückseigentümer übergeben wird. Die Übergabe braucht aber nicht notwendig in der Weise zu erfolgen, daß sich der Schuldner selbst zunächst den Brief vom Grundbuchamt aushändigen läßt und ihn alsdann weitergibt, vielmehr kann der Schuldner das Grundbuchamt anweisen, den Brief unmittelbar dem Gläubiger auszuhändigen. Diese Anweisung bedarf aber nach § 60 der Form des § 29 Abs. 1. Aber auch in diesem Falle einer einseitigen Anweisung tritt der Erwerb der Hypothek erst mit der Aushändigung des Briefes ein. Treffen dagegen die Beteiligten eine Vereinbarung, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, so tritt nach § 1117 Abs. 2 BGB. der Erwerb der Hypothek schon vor der Aushändigung des Briefes ein, und zwar mit ihrer Eintragung, während das Eigentum am Briefe mit dessen Herstellung zur Entstehung kommt. Die Vereinbarung bedarf zu ihrer Wirksamkeit keiner besonderen Form, muß aber, wenn sie zur unmittelbaren Aushändigung des Briefes seitens des Grundbuchamts führen soll, diesem in urkundlicher Form nach § 29 Satz 1 nachgewiesen werden. KGJ. **25** A 153, KGBl. **14** 10. Vgl. auch JDR. Ziff. 1—6 zu § 1117 BGB.

**§ 61.** 1. Jastrow, FormBuch (14) II 171 Muster 102 Anm. 8 hält die mehrfach im Wege der Ausführungsbestimmungen vorgeschriebene Bezeichnung

eines Teilhypothekenbriefs als eines „Preußischen", Sächsischen" usw. nur dann für statthaft, wenn es sich um ein Grundstück des betr. Staates handelt und wenn zugleich der Teilbrief von einer Amtsstelle dieses Staates gebildet wird. Liege von diesen Voraussetzungen nur die eine oder die andere vor, so müsse die Bezeichnung des Landes fortbleiben.

Derselbe (das. 170 Anm. 2a) bezweifelt, daß die Vorschrift des bayerischen AGzGBO. Art. 21, wonach die bayerischen Amtsgerichte zur Ausstellung von Teilbriefen nur als Grundbuchämter zuständig seien, sodaß für außerbayerische Hypotheken kein bayerisches Amtsgericht zuständig sei, mit § 61 GBO. in Übereinstimmung stehe.

2. Kloß, Zwei Zweifel über die Herstellung von Teilhypothekenbriefen, SächsA. **10** 691, bemängelt, daß in dem Muster Anlage H der sächsischen Verordnung zur Ausführung der GBO. unter der Abschrift der Angaben des bisherigen Briefes der Beglaubigungsvermerk fehlt. Er führt ferner aus, daß im Königreich Sachsen trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Bestimmung die Amtsgerichte auch insoweit, als sie im einzelnen Falle nicht als Grundbuchamt in Betracht kommen, zur Herstellung von Teilhypothekenbriefen zuständig sind.

3. Kelsch, R. **02** 233: Der Teilbrief muß möglichst mit dem Stande des Grundbuchs zur Zeit seiner Ausfertigung übereinstimmen. Da er aber andererseits eine beglaubigte Abschrift der Angaben des Stammbriefs zu enthalten hat, der Stammbrief aber unter Umständen nicht mehr mit den Angaben des Grundbuchs übereinstimmt — es sind z. B. inzwischen vorstehende Hypotheken gelöscht —, so empfiehlt es sich, vor Bildung des Teilbriefs zunächst den Stammbrief zu berichtigen. Von diesem Gesichtspunkt aus würde der Berichtigungsvermerk auf dem Stammbrief ein für die Herstellung des Teilbriefs erforderliches gebührenfreies Nebengeschäft bilden, das ohne Antrag vorzunehmen wäre.

4. Aus der Praxis.

a) Es ist nicht vorgeschrieben, daß bei Bildung eines Teilhypothekenbriefs ein Vermerk über das Rangverhältnis des abgetretenen Teiles der Hypothek in die betreffenden Briefe aufgenommen werden muß oder soll. KGBl. **14** 23 (LG. II Berlin).

b) Der Gläubiger dreier auf verschiedenen Grundbuchblättern eingetragenen Hypotheken hatte in einer beglaubigten Urkunde anerkannt, daß seine Forderung aus den drei Hypotheken zusammen nur 26 000 M. betrage und zu der Restsumme nicht entstanden sei. Jene Hypotheken sind, soweit sie Eigentümerhypotheken sind oder werden, samt dem entsprechenden Berichtigungsanspruche des Schuldners gegen den Gläubiger, zugunsten eines Gläubigers des Grundstückseigentümers gepfändet worden. Die Eintragung der Pfändung ist abgelehnt worden, weil die Teilpfändung einer Hypothek die Zulässigkeit der Bildung eines Teilhypothekenbriefs voraussetze (BGB. §§ 1274, 1279, ZPO. § 830), dies aber im vorliegenden Falle nicht möglich sei, da nicht festgestellt sei, in welcher Höhe die einzelnen Hypotheken Eigentümergrundschuld geworden seien (BGB. §§ 1163, 1177). KGJ. **24** A 132, RJA. **2** 107, OLG. **4** 486.

c) Ist mit einem Teilhypothekenbriefe die beglaubigte Abschrift der Schuldurkunde zu verbinden, so ist diese Abschrift nicht in den Teilhypothekenbrief aufzunehmen, sondern als selbständige Urkunde mit ihm zu verbinden (vgl. preuß. Allg. Verf. vom 20. 11. 99 Anlage C). KGJ. **22** A 176, RJA. **2** 141, OLG. **2** 496.

d) Die Bildung eines Teilbriefs ist auch erforderlich und ausreichend, wenn ein Teil einer Hypothek auf die ostpreußische Landschaft durch Abtretung übergegangen ist, während nach der ostpreußischen Landschaftsordnung vom 7. Dezember 1891, welche durch Art. 21 des preuß. AGzBGB. in Kraft

geblieben ist, bei Abtretung der ganzen Hypothek an die Landschaft der alte Hypothekenbrief zu vernichten und über die landschaftliche Darlehnsforderung ein neuer Hypothekenbrief zu erteilen ist. KGJ. **26** A 168, OLG. **7** 39.

Vgl. ferner JDR. **1** Ziff. 2 zu § 1145 BGB. und KGJ. **24** A 134, OLG. **8** 157 (KG.).

5. Vgl. auch JDR. **1** zu §§ 1152, 1154 BGB.

**§ 62.** 1. Die Eintragung der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung der Hypothek, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt (BGB. § 1179), ist auch auf dem über die betroffene Hypothek gebildeten Hypothekenbriefe zu vermerken, da die Vormerkung als eine die Hypothek nicht in ihrer gegenwärtigen, wohl aber in ihrer künftigen rechtlichen Gestalt ergreifende Verfügungsbeschränkung anzusehen ist. KGJ. **21** A 175.

2. Der Hypothekenbrief ist auch dann vorzulegen, wenn auf ihm ein im Grundbuch eingetragener Widerspruch, welcher nach Ansicht des Besitzers des Briefes ungerechtfertigt ist, eingetragen werden soll. KGJ. **21** A 147, OLG. **2** 59, 61.

3. Wird ein Grundstück einem anderen zugeschrieben, so braucht dies auf den Hypotheken- und Grundschuldbriefen nicht vermerkt zu werden; deshalb ist auch die Vorlegung der Briefe bei dem Antrag auf Zuschreibung nicht erforderlich. R. **01** 236 (LG. Bromberg).

4. Hat das Grundbuchamt einen Hypothekenbrief von dem Besitzer eingefordert, um einen Vermerk darauf zu setzen, so muß es den Brief regelmäßig auch dem Besitzer zurückgeben. Die über den Besitz am Briefe entstandenen Streitigkeiten sind nicht vom Grundbuchamte zu entscheiden. KGJ. **25** A 322.

5. Bei fortgesetzter Weigerung der Vorlegung des Briefes ist der Grundbuchrichter berechtigt, Zwangsmittel zur Erwirkung der Herausgabe des Briefes in Anwendung zu bringen (Artt. 15, 17 des PrFrGG.). KGJ. **21** A 289; OLG. **6** 481 (KG.).

**§ 65.** 1. Wird eine andere Forderung an die Stelle nur eines Teiles der früheren gesetzt, so ist die Rechtsänderung auf dem Hypothekenbriefe zu vermerken und neben der mit dem Briefe verbundenen und verbunden bleibenden Schuldurkunde auch noch die neue Schuldurkunde mit dem Briefe zu verbinden. Dabei kommt nicht in Betracht, daß die alte Schuldurkunde über die ganze Hypothek lautet, da auch bei Teillöschungen und Teilabtretungen die über die ganze Forderung sich verhaltende Schuldurkunde mit dem Hypothekenbriefe verbunden bleibt. KGBl. **12** 45 (LG. I Berlin). Ebenso Turnau-Förster II 329.

2. Im Falle des § 1180 BGB. muß die alte Schuldurkunde, weil die Hypothek nicht mehr auf dem in ihr angegebenen Schuldgrunde beruht, vom Briefe abgetrennt und eine etwa vorhandene neue Schuldurkunde mit dem Briefe verbunden werden. Fuchs I 579; Turnau-Förster II 339. A. M. Biermann 399, der die Erteilung eines neuen Briefes für erforderlich hält.

3. Wenn der Eigentümer, der selbst persönlicher Schuldner war, die von ihm ausbezahlte Hypothek auf Grund der Quittung des Gläubigers abtritt, so tritt er sie als Grundschuld ab, von einem Wiederaufleben der persönlichen Forderung kann keine Rede sein. Soll die Grundschuld wieder in eine Hypothek umgewandelt werden, so bedarf die Rückumwandlung der Eintragung in das Grundbuch; bei der Buchhypothek ist nach § 65 die alte Schuldurkunde durch die neue zu ersetzen. Hiernach wird die Eintragungsformel vorgeschlagen: „5000 M. umgeschrieben in eine Darlehnshypothek des X." oder „Umgeschrieben in 5000 M. Darlehen nebst usw. für X." Grisebach, DJZ. **01** 208.

**§ 66.** Soll ein gemeinschaftlicher Hypothekenbrief gebildet werden und befindet sich unter den Hypotheken eine Teilhypothek, so kann die beantragte Erteilung des gemeinschaftlichen Briefes abgelehnt werden, da das Muster E der Allg. Verf. vom 20. 11. 99 (JMBl. 349) diesen Fall nicht vorsieht, der Grundbuchrichter aber zur Herstellung eines von der Ausführungs-Verfügung nicht gekannten Formulars nicht verpflichtet ist Der Brief über eine Teilhypothek muß die Bezeichnung als Teilhypothekenbrief enthalten und soll die beglaubigte Abschrift des Stammbriefs in sich aufnehmen. Diesen Vorschriften wäre auch zu genügen, wenn ein gemeinschaftlicher Brief außer anderen Hypotheken eine Teilhypothek umfassen sollte, er müßte dann gleichfalls Teilhypothekenbrief sein. Eine derartige Verbindung von Stamm- und Teilbrief ist unzulässig. KGJ. **20** A 103, RJA. **1** 15. A. M. Achilles-Strecker 316. Dieser Grundsatz findet aber nicht Anwendung, wenn eine zeitweise in Teile zerlegte Hypothek sich wieder in der Hand eines Gläubigers vereinigt. In diesem Falle besteht kein zwingender Grund, daß ein neuer gemeinschaftlicher Brief wegen der vorhandenen Teilhypothekenbriefe zugleich Form und Inhalt eines Teilhypothekenbriefs erhalten müßte, vielmehr ist er nach der gegenwärtigen Lage des Grundbuchs unter Weglassung älterer Abtretungen zu erteilen. KGJ. **26** A 166, RJA. 3 262, OLG. **6** 492, **9** 349.

**§ 67.** Dem Antrage des Grundschuldgläubigers auf Erneuerung des Grundschuldbriefs muß nach § 67 stattgegeben werden, wenn der bisherige Brief eingereicht wird. CBlFrG. **1** 656 (LG. Thorn).

**§ 70.** Huther, MecklZ. **18** 67 erörtert die Frage, ob nicht (in Mecklenburg) auf Antrag mit dem Grundschuldbrief eine etwa vorhandene Schuldurkunde verbunden werden kann. Verboten ist durch § 70 eine solche Verbindung nicht, und wenn § 69 Satz 2 für den Fall der Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld die Abtrennung der Schuldurkunde anordnet, so ist dies nur geschehen, um einem Irrtum über den Charakter des Rechtes, der durch die Beibehaltung der Schuldurkunde entstehen könnte, vorzubeugen.

## Vierter Abschnitt.

## Beschwerde.

Literatur: du Chesne, CBlFrG. 2 624: Das Beschwerderecht in Grundbuchsachen; 3 324: Das Beschwerderecht in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit; 4 189: Beschwerde in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Grundbuchbeschwerde.

### Zu §§ 71 ff.

1. Josef, Lehrb. 28: Wenngleich die Grundbuchsachen nicht unter § 1 FrGG. fallen, da ihre Bearbeitung nicht den Gerichten, sondern den „Grundbuchämtern" übertragen ist, so ist doch durch die §§ 71—81 der GBO. das Verfahren in der Beschwerdeinstanz den Gerichten übertragen, und wenn auch dies Verfahren in der GBO. selbständig und ausschließlich geregelt ist, so wird es doch nicht unzulässig sein, die Beschwerde in Grundbuchsachen als eine selbständige Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Sinne des § 1 FrGG. anzusehen. Ebenso Aron, BuschsZ. **27** 316; Dorner 11. A. M. Achilles-Strecker 322; Oberneck 79. Daraus folgt aber nicht, daß in der Beschwerdeinstanz in Grundbuchsachen etwa die §§ 12 und 20 der FrGG. Anwendung finden, vielmehr haben auch hier die Beteiligten die Unterlagen für ihre Anträge beizubringen und die Beschwerde steht nicht nur dem zu, dessen Recht durch die angefochtene Verfügung beeinträchtigt wird, sondern nach der Natur des Rechtsmittels jedem Beteiligten, dessen Recht durch sie betroffen wird und der deshalb an ihrer Beseitigung ein rechtliches Interesse hat. Josef, BuschsZ. **29** 214.

2. Nach Landesrecht (vgl. Pr. FrGG. Art. 1) finden auch auf Grundbuchsachen die Vorschriften der ZPO. über das Armenrecht Anwendung (FrGG. § 14). Zweifelhaft ist, ob gegen den Beschluß, durch den das Armenrecht verweigert oder entzogen oder die Nachzahlung von Kosten angeordnet wird (ZPO. § 127), die Beschwerde nach den Bestimmungen der ZPO. §§ 567 ff., des Fr. GG. §§ 19 ff. oder der GBO. §§ 71 ff. Anwendung finden. Für die Anwendung der §§ 71 ff. GBO. entscheiden sich im Hinblick auf Art. 3 Satz 2 des Pr. FrGG. Oberneck 175, Turnau-Förster II 347, diese unter Hinweis auf das kaum beabsichtigte Ergebnis, daß bei Einlegung der weiteren Beschwerde die Beschwerdeschrift durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein muß, während dies nach § 569 Abs. 2 ZPO. nicht erforderlich ist. A. M. R. Förster, Formelles Grundbuchr. 299.

3. Lehnt das Grundbuchamt den Antrag ab, im Wege der Zwangsvollstreckung eine Sicherungshypothek einzutragen, so ist dagegen nur die Beschwerde nach den §§ 71, 72, 80 der GBO., nicht die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO. statthaft, da der Grundbuchrichter zwar bei der ZwV. mittätig ist, aber auch hier, wie bei allen übrigen Eintragungen, als Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt. KGJ. **24** A 214; **27** A 140; **RG.** **48** 243; OLG. **1** 7 (Jena), **1** 207 (KG.); RJA. 3 100 (KG.).

4. Wenn dem Grundbuchamt eine Urkunde überreicht ist und es über den auf deren Aushändigung gerichteten Antrag entscheidet und die Aushändigung, weil der Antragsteller sein Recht auf die Urkunde nicht dargetan habe, verweigert, so handelt es sich nicht um die Entschließung des Verwahrers im Sinne der §§ 688 ff. BGB., vielmehr um eine in Ausübung der Rechtspflege ergehende Entscheidung. Deshalb kann hier weder von einer Beschwerde im Aufsichtswege, noch gar von einem Zivilprozesse gegen das Grundbuchamt oder den Justizfiskus die Rede sein, vielmehr unterliegt die Entscheidung nur der Beschwerde im Instanzenzuge der ordentlichen Gerichte. OLG. **5** 286 (KG.); KGJ. **25** A 322.

**§ 71.** 1. Legitimation zur Beschwerde. Über die Frage, wer in Grundbuchsachen beschwerdeberechtigt ist, hat die GBO. keine Bestimmung getroffen.

Böhm, Reichsgrundbuchrecht § 73, beschränkt das Beschwerderecht auf den mit einem Antrage Zurückgewiesenen, während er anderen Antragsberechtigten nur das Recht zugesteht, ihrerseits die abgelehnte Maßnahme zu beantragen und im Falle einer wiederholten Ablehnung sich zu beschweren. Dagegen unterscheidet du Chesne, CBlFrG. **2** 624, bei der Beschwerde eine formelle und eine materielle Funktion und hält in allen Fällen den Antragsteller zur Erhebung der Beschwerde in formeller Funktion für berechtigt, während er die Beschwerde in materieller Funktion einem Beteiligten, der nicht Antragsteller ist, nur soweit zugesteht, als er materiell beeinträchtigt ist. Deshalb ist seiner Meinung nach ein Hypothekengläubiger, der eine ordnungsmäßige Löschungsbewilligung erteilt hat, nicht beschwerdeberechtigt, wenn der Hypothekenschuldner mit seinem Löschungsantrage zurückgewiesen wird. A. M. LG. Cöln, Buschs Z. **30** 153. Das Beschwerderecht in Grundbuchsachen findet aber, wie du Chesne, CBlFrG. **4** 189, näher erörtert, eine Einschränkung darin, daß sie, von wenigen Ausnahmen abgesehen, gegen Eintragungen im Grundbuche sich nicht richten darf.

Die Praxis gesteht überwiegend das Beschwerderecht nicht nur demjenigen zu, gegen den eine Entscheidung ergangen ist oder der den zurückgewiesenen Antrag gestellt hat, sondern jedem Antragsberechtigten, in dessen Rechtssphäre die anzufechtende Entscheidung eingegriffen hat oder dessen Rechtskreis durch die Entscheidung betroffen wird, auch wenn er nicht der Antragsteller ist.

OLG. 2 318 (Braunschweig); OLG. 2 221, 490 (KG.); KGJ. 25 A 93, 143; BadRpr. 03 63 (LG. Karlsruhe); Buschs Z. 30 153 (LG. Cöln).

Die Beschwerde ist aber keine Popularbeschwerde, sondern setzt immer die Beeinträchtigung eines Rechtes voraus. Eine solche Beeinträchtigung liegt nicht vor, wenn die Eintragung auf der eigenen Bewilligung des Beschwerdeführers beruht oder wenn er die angeblich unter Außerachtlassung gesetzlicher Vorschriften eingetragene Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat. OLG. 1 345 (KG.), KGBl. 11 70. Die Beschwerde ist daher auch den in ihren Rechten beeinträchtigten Personen und Behörden nur soweit gegeben, als sie zur Vertretung der Beteiligten berufen oder für Ersuchen an die Grundbuchämter zuständig sind. Dies trifft nicht zu bei den Aufsichtsinstanzen, da diese mit der Vertretung der privatrechtlichen Interessen der ihnen unterstellten Personen und Personenkreise oder Anstalten und Stiftungen nicht befaßt sind und nur darauf hinwirken können, daß von den zur Vertretung berufenen Organen Rechtsmittel eingelegt werden. KGJ. 20 A 10, OLG. 1 483, 7 188 (KG.).

Das beeinträchtigte Recht kann dem Gebiete des öffentlichen Rechtes angehören. Deshalb ist das Heroldsamt befugt, die Richtigstellung eines zu Unrecht mit dem Adelsprädikat in das Grundbuch eingetragenen Eigentümers bei dem Grundbuchamte zu betreiben und wegen Ablehnung seiner Anträge Beschwerde zu führen. KGJ. 25 A 88, OLG. 6 103, PrJMBl. 03 12. Vgl. Ziff. 5 c zu § 39.

Das Beschwerderecht steht auch dem Vollstreckungsgerichte zu, wenn das Grundbuchamt sein Ersuchen (§ 130 des ZwVerstGes.) nicht dem Gesetze gemäß erledigt. OLG. 6 437 (KG.).

Wird das auf den § 941 ZPO. gegründete Eintragungsersuchen des Prozeßgerichts zurückgewiesen, so ist nicht nur das Prozeßgericht (KGJ. 20 A 13), sondern auch die hiervon betroffene Partei zur Einlegung der Beschwerde gegen die Entscheidung des Grundbuchamts berechtigt. KGJ. 21 A 96, OLG. 2 221.

2. Beschwerde gegen Entscheidungen.

a) Beschwerde gegen eine Entscheidung liegt nicht vor, wenn das Grundbuchamt ohne vorliegenden Antrag nur erklärt, wie es sich in Zukunft auf etwa zu stellende Anträge verhalten will. OLG. 2 225 (KG.), RJA. 1 210, KGJ. 21 A 275; BadRpr. 03 279 (Karlsruhe). Dagegen kann eine die Löschung einer Eintragung androhende Verfügung des Grundbuchrichters Grund zur Beschwerde geben. KGJ. 23 A 252, OLG. 3 340.

b) In Grundbuchsachen (und auch sonst in Sachen der freiw. Gerichtsbarkeit) ist die sachliche Beschwerde und weitere Beschwerde nur wegen der Kosten einer gerichtlichen Entscheidung mit der Begründung zulässig, daß die Entscheidung unrichtig sei, da eine Belastung mit Gerichtskosten zugleich eine Beeinträchtigung des zur Hauptsache geltend gemachten Rechtes enthält. Der § 99 Abs. 1 ZPO. enthält kein allgemeines Rechtsprinzip und gilt namentlich nicht für die freiwillige Gerichtsbarkeit. KGJ. 22 A 3, OLG. 3 219, RJA. 2 142.

c) Wegen der Beschwerde gegen Zwischenverfügungen und abweisende Bescheide in Fällen, in denen eine Zwischenverfügung am Platze gewesen wäre, s. oben Ziff. 3 ff. zu § 18. Die Beschwerde gegen die Sachentscheidung ist auch dann zulässig, wenn der Beschwerdeführer die den Antrag betreffende Zwischenverfügung des Grundbuchamts (§ 18) nicht angefochten hat. OLG. 8 153 (Colmar), R. 04 82.

d) Die Beschwerde ist auch gegen die Ablehnung einer Berichtigung des Grundbuchs (§ 22) zulässig. KGJ. 26 A 245. Vgl. aber auch oben Ziff. 7 zu § 14.

e) Hebt das Beschwerdegericht eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts auf und weist es die Sache an dieses zur erneuten Prüfung und Be-

scheidung zurück, so ist das Grundbuchamt nicht an die rechtliche Beurteilung gebunden, mit der das Beschwerdegericht unter Hinweis auf etwa sonst dem Antrag entgegenstehende Hindernisse die Zurückverweisung begründet. Deshalb enthält dieser Hinweis keinen durch weitere Beschwerde anfechtbaren Beschwerdegrund. OLG. **7** 209 (Colmar); CBlFrG. **4** 34.

3. Beschwerde gegen eine Eintragung.

a) Unter „Eintragungen" sind nur solche zu verstehen, gegen welche zum Schutze gegen die Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs die Eintragung eines Widerspruchs zulässig und notwendig ist, welche des Schutzes durch einen Widerspruch fähig und bedürftig sind, nicht aber solche, die den Bestand der Rechte unberührt lassen und eine rein formale Bedeutung haben. Dies gilt namentlich, wenn lediglich eine andere Formulierung des den bestehenden Vorschriften zuwider gefaßten Eintragungsvermerkes oder die Änderung der Schreibweise eines Namens oder die Eintragung eines richtigen Vornamens erstrebt wird. OLG. **6** 437, **7** 197 (KG.). Deshalb kann auch im Beschwerdewege verlangt werden, daß die Anlegung eines gemeinschaftlichen Grundbuchblatts (§ 4) rückgängig gemacht und statt dessen, wie beantragt, ein Grundstück dem anderen zugeschrieben werde. KGJ. **23** A 221; OLG. **5** 188. Vgl. oben Ziff. 1 zu § 4.

b) Wird eine Eintragung in beschränkterem Umfang angeordnet als beantragt, so ist Beschwerde zulässig. Denn nicht Beseitigung, sondern Ergänzung der Eintragung wird verlangt. ElsLothrNotZ. **03** 89 (LG. Straßburg).

c) Eintragungen im Sinne des § 71 Abs. 2 Satz 1 sind nur solche von Rechten an einem Grundstück oder von Rechten an solchen Rechten, auf die sich gemäß § 892 BGB. der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt. Ein Widerspruch aber, der gemäß §§ 899, 894 BGB. auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder einer Bewilligung des durch ihn Betroffenen, gemäß § 895 ZPO. auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils, im Falle des § 1139 BGB. auf einseitigen Antrag und in den Fällen § 18 Abs. 2, §§ 23, 24, 54 Abs. 1 Satz 1, § 71 Abs. 2 Satz 2, § 76 GBO. von Amts wegen eingetragen werden kann, ist ein solches Recht nicht. Vielmehr ist er nur eine Eintragung vorläufiger Natur, die den Schutz eines aus dem Grundbuche nicht ersichtlichen oder unrichtig eingetragenen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung beeinträchtigten Rechtes an einem Grundstücke gegen die Gefahren des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs zum Zwecke hat. Deshalb ist auch gegen die Eintragung eines Widerspruchs die Eintragung eines weiteren Widerspruchs gemäß § 71 Abs. 2 Satz 2 und § 54 GBO. nicht zulässig, und ebensowenig kann auf Grund des § 54 die Löschung eines Widerspruchs verlangt werden. Auf den Widerspruch finden nicht die Vorschriften des § 71 Abs. 2, sondern des § 71 Abs. 1 Anwendung, und daraus folgt, daß eine Beschwerde mit dem Ziele der Beseitigung eines eingetragenen Widerspruchs zulässig ist. KGJ. **26** A 238, OLG. **7** 376, RJA. **4** 48. Durch diese Entscheidung erledigen sich die widersprechenden Entscheidungen KGJ. **20** A 217, **21** A 286 und **23** A 133. Vgl. JDR. **1** Ziff. 2 zu § 899 BGB.

d) Die gleichen Erwägungen müssen auch bezüglich der Vormerkung Platz greifen. Der vorgemerkte Anspruch ist kein Recht an einem Grundstück oder an einem dieses belastenden Rechte, sondern ein qualifiziertes, d. h. gegen den Erwerber des durch die Vormerkung betroffenen Grundstücks oder dinglichen Rechtes wirksames Veräußerungsverbot. KGJ. **21** A 289, OLG. **5** 390, KGJ. **27** A 85, RJA. **4** 66. Vgl. Ziff. I 4 zu § 54.

e) Eine unzulässige Beschwerde gegen eine Eintragung liegt vor, wenn sie sich zunächst gegen die Eintragung richtet und dann formell gegen die Ab-

lehnung des Antrags, z. B. mit der Begründung, daß die Eintragung nach Maßgabe der ihr zugrunde liegenden Urkunden unrichtig sei, Beschwerde geführt wird. KGJ. **26** A 290, OLG. **8** 200, 203, **RG.** JW. **03** 422.

f) Die Beschwerde gegen eine Eintragung ist unzulässig, doch ist in dem Antrag auf Wiederherstellung des früheren Zustandes das Verlangen auf Eintragung eines Widerspruchs als mitenthalten anzusehen. KGJ. **25** A 107, **26** A 79, **27** A 141. Dies ist jedoch auf den Fall beschränkt, daß dem Beschwerdeführer durch die Eintragung des Widerspruchs ein Vorteil erwächst. KGJ. **26** A 80, 83, OLG. **5** 434 (KG.), **7** 29 (KG.).

4. Das Beschwerdegericht darf eine Eintragung nicht deshalb ablehnen, weil der bei ihr vorausgesetzte, von keiner Seite angefochtene Stand des Grundbuchs auf formell unhaltbarer Grundlage beruhe, vielmehr ist der Inhalt des Grundbuchs vermöge der ihm beiwohnenden Vermutung der Richtigkeit (BGB. § 891) so lange maßgebend, als er nicht im Wege des Beschwerde- oder Berichtigungsverfahrens geändert ist. KGJ. **20** A 181, OLG. **1** 305.

5. a) Die Einlegung der Beschwerde hindert im Falle der Zurückweisung nicht die Zulassung weiterer Einträge und berechtigt den Grundbuchrichter nicht zur Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts, auch wenn sie die Beschwerde zuläßt, hat keine rückwirkende Kraft. Scholz, ElsLothrJZ. **27** 212.

b) Durch die Beschwerde wird das Grundbuch nicht gesperrt. Nur die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs sichern dem ersten Antrage den Vorrang. ElsLothrJZ. **28** 152.

6. Der abgewiesene Antragsteller hat die Wahl, statt Einlegung der Beschwerde den Antrag mit der erforderlichen Vervollständigung beim Grundbuchamte zu wiederholen. R. **01** 494, ElsLothrNotZ. **21** 298 (Colmar).

**§ 73.** 1. In Grundbuchsachen kann eine Beschwerde auch zu Protokoll des Richters erklärt werden (§ 80 Abs. 3 und § 73 Abs. 2). OLG. **2** 174 (KG.).

2. Für die Beschwerdeschrift ist die Unterzeichnung des Beschwerdeführers erforderlich, weil es sonst mindestens zweifelhaft ist, ob das Schriftstück mit dem Willen des Verfassers an das Grundbuchamt gelangt ist. Turnau-Förster II 351, OLG. **7** 340 (KG.); a. M. Strecker 326, Schultzenstein, BuschsZ. **27** 514, 578.

3. Der Gerichtsschreiber eines anderen als des nach Abs. 2 zuständigen Gerichts ist zur Aufnahme der Beschwerde nicht zuständig (KGJ. **20** A 6, RJA. **1** 1), doch erachten Turnau-Förster II 350 ein von dem Beschwerdeführer unterschriebenes Protokoll einer Beschwerdeschrift gleich, mit dessen Eingange bei dem zuständigen Beschwerdegericht aber die Beschwerde erst als eingelegt gilt. Ebenso Schultzenstein, Buschs Z. **27** 572, welcher in einem solchen Falle selbst die Unterschrift des Beschwerdeführers (und des Gerichtsschreibers) für entbehrlich erachtet. Bei dem Beschwerdegerichte kann nur der Gerichtsschreiber, nicht auch der Richter das Protokoll aufnehmen. KGJ. **20** A 145, RJA. **1** 41, OLG. **1** 189.

**§ 76.** Die Vorschriften der ZPO. über einstweilige Verfügungen finden auf den hier vorgesehenen Widerspruch keine Anwendung. Gibt das Beschwerdegericht der Beschwerde statt und hebt es nicht selbst bei der sachlichen Entscheidung den Widerspruch für die Zukunft wieder auf, so darf das Grundbuchamt zur Löschung schreiten, wenn sich die Erledigung des Widerspruchs aus der Entscheidung des Beschwerdegerichts ergibt. Frey, CBlFrG. **3** 566.

**§ 78.** 1. Die rechtliche Beurteilung besteht in der Unterordnung des vorliegenden Tatbestandes unter die auf ihn passende Gesetzesvorschrift nach Prüfung und Erwägung des gesamten, den Tatbestand berührenden Rechtsstoffs.

Auch bei unvollständiger und fehlerhafter Beurteilung der weiteren Beschwerde kann gleichwohl nicht gesagt werden, daß das Gericht bei seiner Entscheidung noch Raum für eine etwaige andere rechtliche Beurteilung habe lassen wollen. OLG. **2** 498 Anm. 1 (KG.).

2. Bei der Auslegung der Frage, ob und wie das Grundbuchamt entschieden hat, ist das mit der weiteren Beschwerde befaßte Gericht nicht an die Feststellung des Beschwerdegerichts gebunden und kann insbes. nach Lage der Sache im Gegensatze zu ihm zu dem Ergebnisse gelangen, daß eine (mündliche) Entscheidung des Grundbuchamts überhaupt noch nicht vorliegt. OLG. **4** 348 (Braunschweig).

Eine Entscheidung beruht auch auf einer Verletzung des Gesetzes, wenn die Bestimmungen der preuß. AllgVerf. zur Ausführung der GBO. vom 20. 11. 99 (JMBl. 349) außer acht gelassen sind, denn diese ist auf Grund des § 1 Abs. 2 und der §§ 93 bis 97 der GBO., sowie des Art. 29 des AGzGBO. erlassen und mithin Rechtsnorm im Sinne des Art. 2 des EGzBGB. und des § 82 Abs. 2 der GBO. KGJ. **22** A 291. Vgl. unten Ziff. 1 zu §§ 93—97. Deshalb hat sich auch ein Hypothekenbrief ausdrücklich über das Nichtvorhandensein vorgehender oder gleichstehender Eintragungen auszusprechen (Anlage B zu der AllgVerf.). KGJ. **21** A 173.

Es genügt, wenn die weitere Beschwerdeschrift nicht die angeblich verletzten Gesetzesvorschriften ausdrücklich bezeichnet, aber aus ihren Ausführungen erkennen läßt, inwiefern die angefochtene Entscheidung rechtsirrtümlich sein soll. Bayr. ObLG. **2** 852, OLG. **5** 286 Anm. 1. A. M. Oberneck, Gruchots Beitr. **43** 465.

3. Als unzulässig ist die weitere Beschwerde erachtet:

a) gegen die Gründe des der Beschwerde stattgebenden Beschlusses, OLG. **7** 209 (Colmar);

b) gegen eine angeblich unrichtige Auslegung eines Vertrags, wenn gegen eine Auslegungsregel nicht verstoßen ist. ElsLothrJZ. **04** 66;

c) gegen eine unverbindliche, für die getroffene Entscheidung belanglose persönliche Meinungsäußerung des Beschwerdegerichts. OLG. **4** 349 (KG.);

d) wegen angeblich unrichtiger Auffassung der Erklärung eines Beteiligten durch den Grundbuchrichter oder das Beschwerdegericht. SächsOLG. **22** 150, R. **01** 411;

e) wenn behauptet wird, daß von dem Ermessen des § 18 nicht der richtige Gebrauch gemacht worden sei. R. **00** 546, ElsLothrNotZ. **00** 379 (Colmar), CBlFrG. **4** 39 (Braunschweig), R. **03** 434 (München);

f) wenn die Beschwerde vom Landgericht als sachlich erledigt erklärt ist. BadRpr. **02** 147 (Karlsruhe);

g) wenn in der weiteren Beschwerde der ursprünglich gestellte Antrag geändert wird. ElsLothrNotZ. **03** 272 (Colmar).

4. Die weitere Beschwerde gegen einen landgerichtlichen Beschluß, welcher eine Löschung anordnet, ist unzulässig, wenn inzwischen auf Grund des Beschlusses die Löschung bewirkt ist, vielmehr kann nur bei dem Grundbuchamte die Eintragung eines Widerspruchs gegen die angeblich unrichtige Löschung (§ 54) beantragt werden. OLG. **7** 375 (KG.). Desgleichen kann die Anordnung des Beschwerdegerichts, daß ein Widerspruch einzutragen sei, nur so lange mit weiterer Beschwerde angefochten werden, als nicht die Eintragung wirksam erfolgt ist. KGJ. **23** A 133, OLG. **4** 322.

**§ 79.** 1. Die Voraussetzung des § 79 Abs. 2 ist nicht gegeben, wenn die Entscheidung des einen OLG. auf Grund einer reichsrechtlichen Vorschrift (z. B. des § 866 Abs. 3 der ZPO.), die das andere OLG. auf Grund einer landesrechtlichen, wenn auch dem Reichsrechte nachgebildeten Bestimmung

(z. B. des Art. 56 Abs. 1 des bayr. AusfGesGBO.) ergangen ist. OLG. **3** 15 (KG.). Ebenso Sohn, ElsLothrJZ. **27** 439.

Dronke, BuschsZ. **28** 348, erachtet die Bestimmung des § 866 Abs. 3 der ZPO. nicht als eine das Grundbuchrecht betreffende Vorschrift im Sinne des § 79. A. M. Scherer, JW. **01** 299.

2. Hat ein Oberlandesgericht über dieselbe Rechtsfrage widersprechende Entscheidungen erlassen, so ist die Entscheidung des Reichsgerichts nur einzuholen, wenn das nunmehr mit der Entscheidung befaßte andere Oberlandesgericht von der letzten Entscheidung des mit den früheren Entscheidungen befaßten Oberlandesgerichts abweichen will, auch wenn die früheren Entscheidungen von verschiedenen Senaten desselben OLG. gefällt worden sind. Böthke, Gruchots Beitr. **45** 186.

3. Werner, R. **5** 275, bespricht das Verhältnis des § 79 Abs. 2 GBO. zu § 28 Abs. 2 FrGG. und kommt zu dem Schlusse, daß beide Reichsgesetze derart in innigem Zusammenhange stehen, daß auch dann, wenn bei einer Grundbuchbeschwerde das OLG. von der Auslegung einer Vorschrift der freiwilligen Gerichtsbarkeit (z. B. des Vorm.-, Nachlaß- oder Registerrechts) abweichen will, die Beschwerde dem Reichsgerichte vorzulegen ist. Hat das OLG. aus irgendeinem Grunde es unterlassen, die weitere Beschwerde dem Reichsgerichte vorzulegen, so ist deshalb seine Entscheidung nicht unwirksam. Andererseits wird erst durch die Vorlegung und lediglich durch sie die Zuständigkeit des Reichsgerichts begründet, und das Reichsgericht ist mit einer Nachprüfung, ob die Vorlegung mit Recht erfolgt ist, nicht befaßt, vorausgesetzt, daß es sich überhaupt um eine weitere Beschwerde in reichsrechtlicher Angelegenheit der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und um Auslegung einer reichsrechtlichen Vorschrift desselben Gebiets handelt. Das Reichsgericht ist nicht berechtigt, sich für unzuständig zu erklären und die Entscheidung dem OLG. mit bindender Wirkung hinsichtlich der sachlichen Beurteilung zu übertragen.

4. Der Abs. 2 findet nicht Anwendung, wenn es sich um die Auslegung einer landesgesetzlichen Übergangsvorschrift handelt. OLG. **3** 15 (KG.).

**§ 80.** 1. Die Unterzeichnung der Beschwerdeschrift durch den Notar, der nur die zur beantragten Eintragung erforderliche Erklärung beurkundet hat, ist unwirksam, wenn er nicht auch namens eines Antragsberechtigten die Eintragung beantragt hat, OLG. **7** 332 (Colmar), R. **03** 318, selbst wenn er zur Einlegung der ersten Beschwerde von den Beteiligten Vollmacht erhalten hat. RJA. **2** 107 (München).

2. Als Behörde, die zur Einlegung der weiteren Beschwerde ohne Zuziehung eines Rechtsanwalts befugt ist, ist auch die Schlesische Generallandschaftsdirektion zu rechnen, da ihr unter Allerhöchster Genehmigung innerhalb bestimmter Grenzen staatliche Funktionen übertragen sind. KGJ. **12** 326, **25** A 93. Dasselbe gilt von der Landeskreditkasse zu Kassel (KGJ. **26** A 146, OLG. **7** 8) und von den Handelskammern. R. **04** 170.

3. Schultzenstein, BuschsZ. **27** 514: Für die Beschwerdeschriften der Behörden und Notare ist deren Unterzeichnung nicht vorgeschrieben, dagegen muß die Unterzeichnung der Beschwerdeschrift durch einen Rechtsanwalt eigenhändig mit dem vollen Familiennamen durch Schrift (nicht nur durch Druckstempel) erfolgen.

## Fünfter Abschnitt.

## Schlußbestimmungen.

**§ 83.** Ist in den landesgesetzlichen Ausführungsgesetzen (z. B. im § 31 des elsaß-lothringischen AGzGBO.) der Erlaß der zur Ausführung dieses Gesetzes

erforderlichen Bestimmungen den Ministerien überlassen, so haben deren auf Grund der Ermächtigung getroffenen Anordnungen Gesetzeskraft. CBlFrG. 2 913 (OLG. Colmar). S. auch JDR. 1 zu Art. 167 EGzBGB. und JDR. 3 zu § 189 FrGG.

**§ 90.** 1. Bei dem im Abs. 1 des § 90 und im Art. 1 der preuß. VO. vom 13. 11. 99 geforderten Antrage handelt es sich nicht um eine zu einer Eintragung erforderliche Erklärung, sondern um einen reinen Eintragungsantrag, der grundbuchmäßig keiner besonderen Form bedarf (§ 30 GBO.). Als Antrag der Regierung genügt daher ein gewöhnliches Schreiben dieser Behörde mit der Unterschrift des Abteilungsdirigenten. OLG. 7 193 (KG.).

2. Werden bei Rentengutserrichtungen in Preußen (Ges. vom 7. 7. 91) gemeinschaftliche Anlagen der Gesamtheit der Rentengutsübernehmer übereignet, so ist die Ausbuchung der übereigneten Grundstücke unzulässig, da die Gesamtheit der Rentengutsübernehmer, auch wenn sie organisiert ist, weder eine Gemeinde noch einen anderen Kommunalverband im Sinne des Art. 1 der preuß. VO. vom 13. 11. 99 bildet und auch die für eine solche Gesamtheit angelegten Wege und Gräben keine öffentlichen Wege oder Gewässer sind. KGJ. 24 A 228, OLG. 5 301.

3. Zur rechtsgeschäftlichen Übertragung des Eigentums ist bei einem im Grundbuche nicht eingetragenen, bisher von dem Buchungszwange befreiten Grundstücke die vorherige Anlegung eines Grundbuchblatts für den Veräußerer erforderlich, wenn der Erwerber nicht gleichfalls (vgl. Art. 27 des preuß. Ausf. Ges. zum BGB.) von dem Buchungszwange befreit ist. Denn unter „Eigentumsübertragung" im Sinne des § 873 BGB. ist eine in ein bereits angelegtes Grundbuchblatt erfolgende Eintragung zu verstehen, aus der sich ergibt, daß der bisher eingetragene Eigentümer das Eigentum auf den neu Eingetragenen übertragen hat, auch kommt § 40 Abs. 1 der GBO. zur Anwendung. KGJ. 26 A 115, OLG. 9 356.

Kretzschmar, SächsA. 12 398, hält auch im Falle, daß der vom Buchungszwange Befreite ein Grundstück durch Rechtsgeschäft erwirbt, dessen vorgängige Eigentumseintragung vor der Ausbuchung des Grundstücks für erforderlich, während er bei dem Erwerb eines Grundstücksteils es für ausreichend erachtet, wenn auf dem bisherigen Grundbuchblatte der Eigentumsübergang und gleichzeitig das Ausscheiden des Grundstücksteils vermerkt wird. Vgl. auch Huther oben Ziff. 2 zu § 47.

**§ 91.** Zur Auslegung der auf Grund des § 91 in Preußen erlassenen Kgl. VO. vom 13. 11. 99 sind folgende Entscheidungen ergangen.

Zu Art. 11. Der Magistrat einer preußischen Stadtgemeinde ist zur Erteilung von Besitzzeugnissen für juristische Personen zur Anlegung eines Grundbuchblatts nicht befugt, da er im Sinne des Art. 11 nicht als staatliche Behörde anzusehen ist. KGJ. 24 A 226. Ebensowenig der Landesdirektor, wohl aber die Katasterkontrolleure, OLG. 6 200 Anm. 1 (KG.), und die Polizeiverwaltungen preußischer Stadtgemeinden, in denen die Handhabung der örtlichen Polizei nicht besonderen Staatsbeamten nach Maßgabe des Gesetzes vom 11. 3. 50 übertragen ist. KGJ. 21 A 290, CBlFrG. 3 289 (LG. Stargard).

Zu Art. 17. Diese Vorschrift greift nicht nur Platz, wenn ein Grundbuchblatt von Amts wegen angelegt wird, sondern auch dann, wenn für ein buchungsfreies Grundstück der Antrag auf Anlegung eines Blattes gestellt wird. Die Anlegung des Blattes kann erst abgelehnt werden, wenn ein Steuerbuchsauszug nicht beschafft werden kann. OLG. 7 194 (KG.).

Zu Art. 20. Wenn jemand bei Anlegung des Grundbuchs unter Glaubhaftmachung 44jährigen Eigenbesitzes seine Eintragung beantragt und ein anderer

dieser Eintragung mit der Behauptung, daß er selbst Eigenbesitzer sei, widerspricht, so kann der erstere auf Anerkennung seines Eigenbesitzes klagen. **RG. 54** 133, JW. **03** Beil. 70.

Der Grundbuchrichter ist nicht unter allen Umständen verpflichtet, auf Grund des in Art. 20 vorgesehenen Besitzzeugnisses ein Grundbuchblatt für den Antragsteller anzulegen, insbesondere dann nicht, wenn er nach Maßgabe des ihm anderweit vorliegenden Materials begründeten Zweifel an der objektiven Richtigkeit des Besitzzeugnisses haben darf. OLG. **7** 200 (KG.), PosMschr. **03** 57.

Die Artt. 11, 20 finden nur Anwendung, wenn es sich um die Eintragung eines Eigentümers in das Grundbuch gemäß Art. 20 Nr. 2 handelt, nicht aber auf das Verfahren der Berichtigung des Grundbuchs durch Ausbuchung eines Bestandteils. KGJ. **25** A 105, vgl. **9** 73.

Zu Art. 24 Nr. 1. Die hier vorgesehene Bescheinigung braucht nicht ausdrücklich und wörtlich zu bescheinigen, daß der Antragsteller das Grundstück „im Eigenbesitze" habe, vielmehr genügt es, wenn aus dem Inhalte der Bescheinigung der für die Besitzart entscheidende Sachverhalt entnommen werden kann. CBlFrG. **3** 457 (KG.).

**§§ 93—97.** 1. Die Allg. Verf. vom 20. 11. 99 zur Ausführung der GBO (JMBl. 349), die in Preußen auf Grund der Vorbehalte im § 1 Abs. 2 und in den §§ 93—97 der GBO., sowie in Art. 29 des preuß. AusfG. zGBO. ergangen ist, ist keine bloße Verwaltungsanordnung, sondern eine Rechtsverordnung, auf deren Befolgung die Beteiligten einen Anspruch haben. KGJ. **21** A 174, OLG. **6** 438. Dies trifft aber nur innerhalb der für die Justizverwaltung gemachten Vorbehalte zu; der gebotene und zulässige Inhalt der Eintragungsvermerke, die Ausfüllung des Formulars in materieller Beziehung bestimmt sich dagegen lediglich nach dem BGB. und seinen Nebengesetzen. Deshalb sollen die Probeeintragungen nur den möglichen Inhalt des Grundbuchs nach Maßgabe der bestehenden Gesetze veranschaulichen und als Muster und Anhalt für das vom Grundbuchrichter zu beobachtende Verfahren bei den Eintragungen dienen. Wenn daher auch bei den Probeeintragungen der III. Abteilung der Anfangstag der Verzinsung angegeben ist, so liegt darin nicht die Anweisung an den Grundbuchrichter, diese Angaben in allen Fällen zu machen und nicht vielmehr nach BGB. § 1115 auf die Eintragungsbewilligung Bezug zu nehmen. KGJ. **24** A 127.

2. Einzelheiten zur Auslegung der Allg. Verf. vom 20. 11. 99.

Zu § 4. Die Angabe des Vornamens zur Bezeichnung des Berechtigten kann nicht unter allen Umständen vom Grundbuchrichter gefordert werden, insbesondere dann nicht, wenn die sonst angegebenen Merkmale die Identität völlig außer Zweifel stellen. Nur, wenn die Beteiligten den Vornamen des Gläubigers angegeben haben, ist es Pflicht des Grundbuchrichters, diese Angabe zum Grundbuchinhalte zu machen. OLG. **3** 229 (KG.). Vgl. JDR. **1** Ziff. 2a zu § 1115 BGB.

Eine städtische Sparkasse ist kein selbständiges, mit Vermögensfähigkeit ausgestattetes Rechtsinstitut, sondern eine städtische Einrichtung, die vom Magistrat verwaltet und nach außen hin vertreten wird. Deshalb ist in der Regel die Stadtgemeinde als Gläubigerin einer aus dem Fonds der Sparkasse erworbenen Hypothek einzutragen, wobei es zulässig ist, auf Antrag der Gläubigerin einen Zusatz beizufügen, welcher die Zugehörigkeit der Hypothek zum Sparkassenfonds kenntlich macht. Die Eintragung auf den Namen der Sparkasse entbehrt indessen nicht der rechtlichen Wirksamkeit, vielmehr liegt nur eine ungenaue Bezeichnung des Gläubigers vor. OLG. **8** 204 (KG.).

Zur Kenntlichmachung eines Grundstücks als eines Lokalkirchhofs für

bestimmte Ortsgemeinden kann auf Antrag der Gemeinde der Angabe des Eigentümers der Zusatz beigefügt werden: „Begräbnisplatz für die Evangelischen der Gemeinden . . . ." OLG. 8 125 (KG.).

Wegen der Frage, ob Eintragungen unter der Firma eines Einzelkaufmanns zulässig sind, vgl. IDR. 1 Ziff. 2b und 2 Ziff. 4 zu § 1115 BGB.

Zu §§ 7, 8. Das Bestandsverzeichnis unterscheidet sich wesentlich von dem früheren Titelblatte der preußischen GBO. (§ 7); der Titel gibt unter laufenden Nummern die „Bestandteile" des Grundstücks an, wobei nur diejenigen Grundstücksflächen, welche unter der Herrschaft des alten Rechtes auf das Grundbuchblatt nicht als Zubehör übertragen worden sind, ihre Selbständigkeit bewahrt haben (§§ 13, 61 der preuß. GBO.). Der Titel enthält also unter seinen fortlaufenden Nummern bald Grundstücksbestandteile, bald selbständige Grundstücke. Das Bestandsverzeichnis bringt dagegen klar zum Ausdrucke, welche Grundstücksflächen eine juristische Einheit, ein Grundstück bilden, und dies gilt auch für die bisherigen Grundbücher (§ 27 Abs. 3 der Allg. Verf.). Es bedarf daher bei der Eintragung einer Hypothek auf einem nach bisherigen Vorschriften eingerichteten Grundbuchblatte zunächst der Feststellung und eines Vermerkes im Grundbuch, ob die auf dem Titel unter verschiedenen Nummern aufgeführten Grundstücksflächen ein Grundstück oder mehrere selbständige Grundstücke bilden und ob es sich hiernach um eine gewöhnliche oder eine Gesamthypothek handelt. Henri, DIZ. 01 330.

Aus der Bestimmung des § 8, wonach ein aus mehreren Katasterparzellen bestehendes Grundstück unter einer Nummer aufzuführen ist, folgt, daß Grundstücke, die im Grundbuch unter verschiedenen Nummern stehen, als verschiedene selbständige Grundstücke anzusehen sind. Dies gilt aber nach § 28 ebenda nur für diejenigen Grundbuchblätter, welche nach dem neuen Formular angelegt oder doch den neuen Vorschriften entsprechend umgeändert sind. OLG. 3 45 (Celle).

Zu § 9. In Preußen sind Apothekengerechtigkeiten, welche mit einem Grundstücke verbunden sind, auf das Grundbuchblatt dieses Grundstücks eintragbar, und zwar zufolge des Vorbehalts in Art. 74 des EGzBGB., während § 8 der GBO. und das BGB. nur solche dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zustehende Rechte im Auge haben, welche ein anderes Grundstück belasten, also sowohl subjektiv-dinglich als auch objektiv-dinglich sind. OLG. 7 190 (KG.), PosMschr. 03 56. Vgl. zu Art. 74 EGzBGB.

Zu § 10. Bei Eintragung des Erstehers im Zwangsversteigerungsverfahren ist in Preußen als Grund des Erwerbes lediglich der Zuschlagsbeschluß anzugeben; die Beifügung des Tages, an dem der Beschluß erlassen ist, ist dabei zu seiner näheren Kennzeichnung unerläßlich. Das Ersuchen des Vollstreckungsgerichts ist nur die Anregung für das Tätigwerden des Grundbuchrichters und daher in Spalte 3 der ersten Abteilung nicht mitzuerwähnen. OLG. 6 437 (KG.).

Zu § 12. Wird eine Hypothek mit einem niedrigeren Zinssatz als fünf v. H. auf einen Zinssatz von mehr als fünf v. H. erweitert, ohne daß die nachstehenden Hypothekengläubiger zustimmen, so handelt es sich, soweit die Zinserhöhung in Betracht kommt, nicht um eine neue Hypothek oder um eine „andere Nebenleistung" im Sinne des § 1115 Abs. 1 BGB., sondern um eine Erweiterung des Hypothekenrechts, also eine Veränderung der Hypothek in Ansehung des Zinsfußes, welche daher nicht selbständig in Form einer Sicherungshypothek, sondern bei der Hypothek in Spalte Veränderungen in der für den Zinssatz üblichen Weise einzutragen ist; nur ist, insoweit die Eintragung mit dem Range der Hypothek ohne die Zustimmung der gleich- oder nacheingetragenen Gläubiger nicht zulässig sein würde, von Amts wegen zu vermerken, daß der den

Zinssatz von fünf v. H. übersteigende Betrag den gleich- oder nachstehenden Hypotheken im Range nachsteht. KGJ. 26 A 142, 290, OLG. 8 200.

Zu § 13 Abs. 3. Wird nach Eintragung einer Vorrangseinräumung die zurücktretende Hypothek gelöscht, so muß doch der Vermerk über das Zurücktreten der Hypothek bestehen bleiben und darf nicht rot unterzogen werden. Wilke, DJZ. 00 69.

Zu § 18. Die §§ 18ff. finden auf die Zuschreibung des Grundstücks eines Eigentümers zu seinem in einem anderen Amtsgerichtsbezirke belegenen Grundbesitze sinngemäße Anwendung. Es bedarf weder der zuvorigen Eingemeindung des zuzuschreibenden Grundstücks in einen Gemeinde- oder Gutsbezirk des betreffenden Amtsgerichts, noch kann die Zuschreibung von der zuvorigen Anlegung eines neuen Blattes für das Grundstück, das der sofortigen Schließung anheimzufallen hätte, abhängig gemacht werden. OLG. 5 188 (KG.).

Zu § 33. Vgl. Ziff. 5 b zu § 11 GBO.

Zu § 40. Der Adler am Kopfe eines Teilbriefs gehört weder zu den Bestandteilen, welche ein Teilbrief haben muß, noch zu denen, welche er haben soll. Deshalb kann auch von einem Notar, der einen Teilbrief gebildet hat, nicht verlangt werden, daß er einen mit dem Kgl. preußischen Adler versehenen Bogen verwendet, da durch § 97 der GBO. die Landesjustizverwaltung nur ermächtigt ist, anzuordnen, daß der Auszug aus dem Grundbuche noch andere als die dort vorgeschriebenen Angaben über das Grundstück enthält. KGBl. 11 71 (LG. II Berlin).

**§ 99.** 1. Schultze-Görlitz, BuschsZ. 30 489: Der Vorbehalt des § 99 setzt voraus, daß das Nachlaßgericht oder das mit der Auseinandersetzung befaßte Gericht zur Beurkundung der Auflassung zuständig ist. Die Landesgesetzgebung kann daher von dem Vorbehalte nicht in der Weise beschränkten Gebrauch machen, daß sie das Nachlaßgericht zwar zur Erteilung des im § 99 vorgesehenen Zeugnisses, nicht aber zur Beurkundung der Auflassung für zuständig erklärt, vielmehr ergibt sich aus der landesgesetzlich bestimmten Befugnis zur Erteilung des Zeugnisses ohne weiteres kraft Reichsrecht die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts zur Beurkundung der Auflassung. A. M. Turnau-Förster II 405, die den § 99 auch für anwendbar erachten, wenn im übrigen die Auflassung nur vor dem Grundbuchamt erfolgen darf.

2. In Baden ersetzt das Zeugnis den Erbschein sowie die Auflassung mit der Eintragungsbewilligung; es darf nur ausgestellt werden, wenn die Voraussetzungen hierfür vorliegen. BadRpr. 02 175 (LG. Karlsruhe); vgl. Lederle BadRpr. 02 200, 224.

3. In Preußen wird durch das in Art. 10 des AGzGBO. vorgesehene Zeugnis die Auflassung nicht erübrigt. Salinger, JW. 02 280. Wenn das Zeugnis, wie es die Regel bilden wird, vor der Auflassung auszustellen ist, so wird es nur die Erbfolge zu bescheinigen haben und im übrigen erkennen lassen müssen, daß es nur bei der Auflassung an Stelle eines Erbscheins zum Nachweise der Erbfolge dienen solle, nachdem die Beteiligten bereits in dem Erbteilungsvertrag unter Beobachtung der im § 29 der RGBO. vorgesehenen Form darin gewilligt haben, daß der neue Eigentümer im Grundbuch eingetragen werde. Boschan, Erbschein und Recht der Erbfolge 314, 315. Vgl. Turnau-Förster II 407 und OLG. 2 42 (KG.).

# Konkursordnung.

Vorbemerkung: Die Richtung, in der sich die Entwickelung der Konkursrechtswissenschaft in der Berichtszeit zu bewegen hatte, war ebenso wie in den anderen Zweigen des Prozeßrechts gegeben. Es galt den alten und den neuen Rechtsstoff in einander zu verarbeiten. Die Rechtslehre hat sich dieser ihrer Aufgabe mit Eifer hingegeben und die Rechtsanwendung in wesentlichen Punkten erleichtert. Schröder hat in einer interessanten Abhandlung in BuschsZ. 28 1 ff. die Rechtsstellung des Erben eines nach der Eröffnung verstorbenen Gemeinschuldners behandelt. Seuffert (BuschsZ. 27) und Könige (BuschsZ. 28) haben die Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen im Konkurse des Schuldverschreibungsschuldners einer eingehenden Prüfung unterzogen. Derartige Arbeiten sind für die Rechtsübung von großer Bedeutung. Wir dürfen hoffen, daß der nächste Bericht auf eine Reihe ähnlicher Aufsätze wird Bezug nehmen können. Die Rechtsprechung hatte sich mit einigen interessanten Fragen des Übergangsrechts zu befassen. Doch spielten diese keine allzugroße Rolle, da doch das Konkursrecht vorwiegend prozessualer Natur ist. Vielfach hat sich die Rechtsprechung dagegen mit den alten Streitfragen beschäftigt. Als erledigt dürfen nur wenige gelten, so z. B. die Frage nach der Zulässigkeit der Eideszuschiebung an den Verwalter über Handlungen des Gemeinschuldners und nach der Behandlung der Anfechtungsprozesse im Falle der Beendigung des Verfahrens.

**§ 1.** 1. Hellwig, Anspruch 236 ff., faßt die Konkursmasse als ein materiell selbständiges Sondervermögen auf, das von dem Konkursverwalter vertreten wird; vgl. u. Ziff. 2 zu § 6.

2. Erwirbt die Konkursmasse Vermögensgegenstände, so ist in der Regel anzunehmen, daß sie dem Eigentume nach an den Gemeinschuldner, dem Beschlagsrechte nach an die Beschlagsgemeinschaft fallen. Es ist aber auch möglich, daß die Konkursgemeinschaft bestimmt, daß ein mit Konkursvermögen angeschaffter Gegenstand im Namen der Konkurs- (Beschlags-) Gemeinschaft angeschafft sein soll und deren Eigentum wird, z. B. wenn die Beschlagsgemeinschaft etwa von sich aus Vermögensstücke für die Konkursmasse aufgeopfert hätte und das Aufgeopferte wieder einbringen wollte. So Kohler, AbürgR. **22** 14. ➵ Man wird dagegen einwenden können, daß bei einer Aufopferung von Werten der Gläubiger zugunsten der Masse ein Fall entweder des § 59 Ziff. 1 oder 3 vorliegen wird. ⇠ S. u. bei § 15.

Früchte der Massegegenstände gehören zur Masse, auch wenn sie nach der Eröffnung fällig werden. Schellhas, Die Konkurssachen 257.

OLG. Posen 16. 11. 02, PosMschr. **03** 110/111: Die Konkurseröffnung ergreift auch diejenigen Vermögensstücke des Gemeinschuldners, die durch weitere tatsächliche und rechtliche Entwickelung der Verhältnisse der zur Masse gehörigen Vermögensbestandteile auf Grund eines vor der Konkurseröffnung entstandenen Anspruchs nach der Konkurseröffnung erworben werden.

OLG. Jena 10. 3. 02, OLG. **5** 8: Der Verwalter überkommt die zum Vermögen gehörigen Rechte und Verbindlichkeiten so, wie sie beim Gemeinschuldner waren. War eine gesetzliche Vermutung diesem gegenüber wegen dessen Wissen vom wirklichen Rechtszustand ausgeschlossen, war er in gutem oder bösem Glauben, so muß dies auch der Konkursverwalter anerkennen. Es war vereinbart, daß eine Sicherheitshypothek dem eingetragenen Gläubiger zur Sicherheit für eine andere Forderung dienen solle (§ 1180 BGB.), als wofür sie bestellt war.

**RG.** I 28. 3. 03, **54** 193, JW. **03** 182: Nach deutschem Konkursrechte gehört zur Sollmasse auch das im Auslande befindliche Vermögen des Gemeinschuldners. Die Frage, ob und inwieweit der Konkurs auch auf das außerhalb des Landes befindliche Vermögen des Gemeinschuldners erstreckt

werden kann, hängt aber von der Gesetzgebung des Staates ab, in dessen Gebiete sich dieses Vermögen befindet.

Nach dem Staatsvertrage zwischen Preußen und Österreich (bekannt gemacht in Österreich mit dem Hofdekrete vom 7. 5. 45) ist bewegliches Vermögen an das Konkursgericht des anderen Staates selbst dann auszufolgen, wenn es bereits mit Arrest belegt ist oder Pfand- und Retentionsrechte darauf haften. OGH. 29. 4. 03, BöhmsZ. **13** 457.

3. Das Recht zur Rücknahme einer hinterlegten Sache gehört grundsätzlich nicht zur Masse; es ist jedoch pfändbar, wenn nachgewiesen ist, daß der bezeichnete Gläubiger keine Forderung hat oder daß die Voraussetzungen einer wirksamen Hinterlegung fehlen. Paul Müller, Iherings J. **41** 496 ff.

Eine nach der Eröffnung entstandene Eigentümergrundschuld gehört zur Masse, wenn der ihrem Erwerbe zugrunde liegende Anspruch bereits vor der Eröffnung bestanden hat. OLG. Posen 16. 10. 02, R. **03** 433 Nr. 2325.

Die Handakten des Rechtsanwalts sind nicht Bestandteil der Masse des Auftraggebers. Meyer, SeuffBl. **68** 6 ff.

Der Herausgabeanspruch nach § 1656 BGB. gehört nicht zur Masse. OLG. Dresden 29. 12. 00, SeuffA. **56** 339 Nr. 192.

**RG.** VII 3. 10. 02, JW. **02** 609: Derjenige Anspruch des Erfinders, welcher seine ausdrückliche gesetzliche Anerkennung durch §§ 3, 6 PatG. erhalten hat (Anspruch auf Erteilung des Patents), unterliegt im Konkurse dem Zugriffe der Gläubiger.

Der Reservefonds haftet in der Regel den Gläubigern der Aktiengesellschaft nicht. Burckas, Aktionär und Gläubiger im Konkurse der Aktiengesellschaft 46.

Der Erbe des nach der Konkurseröffnung verstorbenen Gemeinschuldners hat seine Verbindlichkeiten gegenüber dem Gemeinschuldner an die Masse zu erfüllen. Schröder, BuschsZ. **28** 35.

Die Ansprüche aus dem zugunsten eines Dritten geschlossenen Versicherungsvertrage gehören nicht zur Masse, wenn über den Nachlaß des Versicherten der Konkurs eröffnet wird. Dies gilt selbst dann, wenn der Erbe des Versicherten der Begünstigte ist, denn der Anspruch auf die Versicherungssumme fällt ihm nicht aus dem Nachlasse zu. Ist der Begünstigte zur Zeit des Todes des Versicherten noch nicht geboren, so gehört der Anspruch auf die Versicherungssumme gleichfalls nicht zur Konkursmasse. Ehrenberg, Iherings J. **41** 395. Der Anspruch des Gemeinschuldners aus dem Lebensversicherungsvertrag ist pfändbar, er fällt daher in die Masse (das. 375).

Bei der Unfallversicherung entsteht erst mit der Prämienzahlung als der vertraglichen Vorleistung des Versicherten die als Gegenleistung sich darstellende Pflicht der Gesellschaft zur Gefahrtragung. Der Rechtsgrund des Erwerbes des Unfallversicherungsanspruchs liegt daher in der Zahlung der Prämie für das betreffende Jahr, in dem sich der Unfall ereignet, nicht schon in dem Abschlusse des Versicherungsvertrags. Daher gehört ein Unfallversicherungsanspruch nicht zur Konkursmasse, wenn der Gemeinschuldner selbst nach der Konkurseröffnung die Prämie gezahlt hat, mag auch der Versicherungsvertrag früher geschlossen worden sein. **RG.** II 20. 6. 02, **52** 49, JW. **02** 423, PucheltsZ. **33** 477.

Erleidet der gegen Unfall versicherte Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens einen Unfall, so gehört der Anspruch jedenfalls dann nicht zur Masse, wenn der Verwalter nicht in den Versicherungsvertrag eingetreten ist. OLG. Karlsruhe 17. 12. 01, SeuffA. **57** 303 Nr. 168.

4. Streitigkeiten über die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zur Konkursmasse sind nicht vom Konkursgerichte, sondern auf Klage vom Prozeßgerichte zu entscheiden. Schellhas, Die Konkurssachen 58.

Der Streit des Gemeinschuldners mit dem Verwalter über die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zur Masse ist nach § 766 ZPO. zu entscheiden, wenn sich der Verwalter mit Hilfe des Gerichtsvollziehers auf Grund einer Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses in den Besitz gesetzt hat. Sonst ist Klage zu erheben. Voigt, Einfluß des Konkurses 112.

**§ 2.** Hat der verstorbene Gemeinschuldner in Gütergemeinschaft oder in Fahrnisgemeinschaft gelebt, so bleibt nach seinem Tode das Gesamtgut in der Masse, wenn auch die Gütergemeinschaft oder die Fahrnisgemeinschaft endigen. Schröder, BuschsZ. **28** 30. Ist eine Ehefrau Gemeinschuldnerin, so berührt der Konkurs das Gesamtgut nicht. Stirbt sie während des Konkurses, so kann es nicht nachträglich zur Masse gezogen werden (das. **28** 31).

**§ 3.** Die Kosten eines Strafverfahrens begründen eine Konkursforderung nur, wenn das Verfahren vor der Eröffnung rechtskräftig abgeschlossen ist. OLG. Karlsruhe 13. 7. 02, R. **03** 214 Nr. 1190, OLG. **6** 237.

Der Anspruch auf Unterlassung einer unberechtigten Firmenführung ist nicht Konkursforderung (**RG.** 14. 12. 01, JW. **02** 95 Nr. 25), wohl aber der Schadensersatzanspruch.

Anspruch auf Unterlassung von Eigentumsstörungen s. bei § 10.

Nach der Konkurseröffnung fällig werdende Ansprüche auf Versicherungsprämien sind keine Konkursorderungen. Kohler, Lehrb. 325; vgl. **RG.** II 20. 6. 02, **52** 53.

Der Anspruch des Sohnes gegen den Vater auf Bestreitung der Kosten des einjährig-freiwilligen Militärdienstes kann im Konkurse nicht geltend gemacht werden. OLG. Celle 1. 3. 00, SeuffA. **56** 77 Nr. 42.

Der Pfandhalter nach § 1189 BGB. vertritt die Hypothekengläubiger auch im Konkursverfahren. Könige, BuschsZ. **28** 416. Ist ein Gläubigervertreter gemäß § 16 Abs. 1 des Reichsgesetzes, betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, vom 4. 12. 99 bei Ausgabe der Schuldverschreibungen in verbindlicher Form bestellt worden, so entscheidet der Inhalt seiner Bestellung darüber, ob er auch Vertreter der Schuldverschreibungsgläubiger im Konkurs ist (das. 416). Der gemäß § 14 des Reichsgesetzes, betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, vom 4. 12. 99 gewählte Vertreter der Gläubiger vertritt diese im Konkurse nicht, wenn seine Befugnisse nicht ausdrücklich darauf lauten (das. 417).

**§ 4.** Das Vorzugsrecht der Pfandbriefgläubiger nach § 35 des Hypothekenbank-G. vom 13. 7. 99 ist kein Absonderungsrecht. Denn es beruht nicht auf einem Rechte, das schon vor der Konkurseröffnung bestanden hat. Die Befriedigung der Pfandbriefgläubiger erfolgt nicht außerhalb, sondern innerhalb des Konkursverfahrens. Seuffert, BuschsZ. **27** 104.

Die Gläubiger sog. Kommunalobligationen und Bahnobligationen haben ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus Darlehnsforderungen gegen die inländischen Körperschaften des öffentlichen Rechtes bzw. die Kleinbahnunternehmungen (§§ 41, 42 des HypothekenbankG. vom 13. 7. 99). Seuffert, BuschsZ. **27** 112.

Dorner, BadRpr. **03** 292/293: Der betreibende Hypothekengläubiger darf bei der Zwangsvollstreckung als bevorrechtigt auch dann behandelt werden, wenn er lediglich die persönliche Klage erhoben, somit ein die Hypothek nicht erwähnendes, auf Zahlung lautendes Urteil erwirkt hat. Vgl. auch Fischer-Schäfer 114. A. M. LG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 291/292; OLG. Dresden 21. 5. 02, CBlFrG. **3** 429, scheinbar auch Jaeckel, Komm. 69. Vgl. auch Schöbel, Praktische Fragen aus dem Gebiete der Zwangsversteigerung 6.

**RG.** 31. 1. 01, JW. **01** 183: Befindet sich der Schuldner im Konkurse,

so hat der Gläubiger die Pfandklage (§ 1147 BGB.) zur Erlangung der erforderlichen Schuldtitel gegen den Konkursverwalter zu richten. Sofern der Konkursverwalter die Forderung nicht sofort anerkennt, sind ihm als Vertreter der Masse die Kosten aufzuerlegen; ebenso Dresden, SächsA. **11** 263.

Die Absonderungsberechtigten müssen nicht die Zwangsvollstreckung betreiben, sondern können auch eine andere Form der Befriedigung wählen, die ihnen ohne Rücksicht auf den Konkurs zu Gebote steht. BayrObLG. 12. 10. 03, R. **03** 580 Nr. 3002.

Zur Sicherung eines Absonderungsrechts kann auch eine einstweilige Verfügung erlassen, insbesondere kann die Beschlagnahme von Mietzinsforderungen verfügt werden. **RG.** V 9. 7. 02, **52** 139.

**§ 5.** Es ist nicht zulässig, einen ausländischen Gläubiger deswegen vom inländischen Konkurs auszuschließen, weil er gegen den Gemeinschuldner im Auslande die Personalhaft vollzogen hat (Art. 17 des Haager Abkommens vom 14. 11. 96). Kleinfeller, BöhmsZ. **13** 8.

Abs. 2 stimmt mit Art. 31 EGzBGB. überein. Die Fassung ist nicht fehlerhaft Die sonderbaren Konsequenzen sind beabsichtigt. Kullmann, DJZ. **03** 151.

Vorbemerkung: Die rechtliche Stellung des Verwalters beschäftigt Jahr aus Jahr ein die juristischen Schriftsteller. Die bereits früher aufgestellten Ansichten finden immer wieder Vertreter. Fruchtbarer sind die Arbeiten und Entscheidungen, die sich mit dem Umfange der Verwaltungs- und Verfügungsmacht des Verwalters beschäftigen, wenngleich sie spärlicher fließen.

**§ 6.** 1. Das Beschlagsrecht im Konkurs ist eine Art des Wertrechts; es ist ein Recht auf den Wert der gesamten Konkursansprüche. Es hat Verwandtschaft mit dem Pfandrecht, ist aber in vielem von ihm unterschieden. Kohler, AzivPr. **91** 157.

Der Eröffnungsbeschluß ist erlassen, wenn er vom Richter unterschrieben und zwecks seiner Ausführung zu den Akten gelangt ist. Schellhas, Die Konkurssachen in der gerichtlichen Praxis (Berlin 1902) 37.

2. Hellwig, Anspruch 208 ff.: Ein Verlust der Prozeß- oder Geschäftsfähigkeit tritt nicht ein; auch nicht bezüglich der Konkursmasse (228 ff.). Der Konkursverwalter ist ausschließlich zur Prozeßführung legitimiert, sofern es sich um Geltendmachung der zur Masse gehörigen Rechte oder um Rechte an den Massegegenständen oder um Ansprüche auf Befriedigung aus der Masse handelt. Dagegen bleibt der Gemeinschuldner passiv legitimiert bei Ansprüchen, die nur gegen ihn gerichtet sind, z. B. bei einem Anspruch auf Herausgabe, solange der Verwalter nicht Besitz ergriffen hat.

Der Konkursverwalter vertritt nach Hellwig, Anspruch 236 ff., die Konkursmasse, die ein materiell-selbständiges Vermögen bildet; er handelt nicht im Namen des Gemeinschuldners, da dieser ja das Verfügungsrecht verloren hat; vielmehr handelt er „für die Konkursmasse". Nur so ist es möglich, daß der Verwalter mit dem Gemeinschuldner vollgültige Geschäfte abschließen kann.

Der Gemeinschuldner kann wirksam auf das Recht zur Rücknahme einer hinterlegten Sache verzichten. Doch ist zu diesem Verzicht auch der Verwalter befugt. Paul Müller, JheringsJ. **41** 504, gegen Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte 464.

Die vor der Konkurseröffnung in öffentlich beglaubigter Form unter Übergabe des Briefes vollzogene Grundschuldabtretung kann nach der Konkurseröffnung auf Antrag des Grundschuldgläubigers noch eingetragen werden. KG. 6. 5. 01, CBlFrG. **2** 225. Hiergegen Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht **1** 114 u. CBlFrG. **2** 815.

Ist vor der Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner eine Löschungsbewilligung erteilt, aber der Antrag des Eigentümers beim Grundbuchamt erst nach der Konkurseröffnung gestellt worden, so darf die Löschung nicht daraufhin verfügt werden. KG. 23. 12. 01, CBlFrG. 2 795, RJA. 3 46.

Literatur: Maguhn, Die rechtliche Stellung des Konkursverwalters (Rostock 1901), Preuß, IheringsJ. 44 429,

3. Daß der Verwalter ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung der Zwecke des Konkurses ist, sucht Lippmann, IheringsJ. 41 112 ff. von neuem zu beweisen.

**RG.** I 22. 11. 02, JW. 03 4: Der Konkursverwalter ist nicht Vertreter, sondern amtliches Organ.

Der Konkursverwalter ist ein der besonderen Rechtslage des Konkurses eigenartig angepaßtes besonderes Vollstreckungsorgan der Rechtspflege. Kiehl, BuschsZ. 30 303.

Der Konkursverwalter ist nicht Mandatar eines Beteiligten. Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 19; vgl. ZPO. § 753.

Der Konkursverwalter bekleidet nicht ein „öffentliches Amt" im Sinne der §§ 33, 34 Ziff. 3 StGB. Für Personen, denen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, folgt die Unfähigkeit zum Verwalteramt aus § 34 Ziff. 6 StGB. Der Konkursverwalter ist auch nicht Beamter im Sinne von § 359 StGB. Jäger, DJZ. 00 248.

Verpflichtungen, die der Konkursverwalter als Organ der Konkursmasse eingeht, bilden an sich auch nur die Lasten dieses Sondervermögens (KO. § 57). Hellwig, Anspruch 241. Bei Aufhebung des Konkurses findet keine Rechtsnachfolge statt. Die Frage, ob der Gemeinschuldner aus den Schulden, die im Konkurs aus den Handlungen des Verwalters entstanden sind, auch persönlich haftet, will Hellwig, Anspruch 243, nur aus besonderen Gründen bejahen. Jedenfalls haftet er nach Hellwig mit der Konkursmasse (§ 1) für die Konkursforderungen, falls das Verfahren durch Vergleich aufgehoben wird oder wenn es eingestellt wird. Seine Ansprüche gegen die Masse gehen mit der Aufhebung der separatio bonorum unter.

Der Verwalter ist befugt, die vom Gemeinschuldner gemietete Sache durch Untervermietung nutzbar zu machen. Borcherdt, Mietsrecht 94.

**RG.** VII 8. 7. 02, JW. 02 423: Der Konkursverwalter über das Vermögen einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit hat die Befugnis, die zur Befriedigung der Konkursgläubiger erforderlichen statutarischen Nachschüsse an Stelle der bisherigen Gesellschaftsorgane auszuschreiben.

**RG.** VII 21. 10. 02, JW. 02 634: Mit dem Träger von Recht und Verbindlichkeit fällt nicht der zusammen, der prozessual Parteistellung bekleidet. Die Stellung der Prozeßpartei kann auch auf anderem Grunde, als dem der Inhaberschaft der materiellen Berechtigung und der Schuldnereigenschaft beruhen. Dies gilt insbesondere vom Konkursverwalter.

Im Sinne von § 445 ZPO. ist der Konkursverwalter nicht Vertreter, wohl aber Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners. Auf ihn geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über als ein ihm verliehenes selbständiges Recht. Im Nachlaßkonkurs ist die Eideszuschiebung an ihn nicht nur über Handlungen der Erben, sondern auch des Erblassers zulässig. **RG.** VII 4. 11. 02, 53 8, SeuffA. 58 337 Nr. 181, JW. 03 9. Zustimmend: OLG. Jena 14. 5. 02, R. 02 556 Nr. 2864, DJZ. 03 59, 60, ThürBl. 03 288 ff. A. M.: OLG. Dresden, SächsA. 13 265, 14 128.

Der Konkursverwalter ist zum Widerspruch im Zwangsversteigerungsverfahren befugt, wenn er eine Hebung für die Masse beansprucht. Die Kon-

kursmasse kann aber aus besonderen Gründen ein Interesse daran haben, daß nicht der liquidierende, sondern ein anderer Gläubiger, der sich vielleicht sonst als persönlicher Gläubiger an die Masse halten würde, einen Betrag zugeteilt erhalte. In solchen Fällen kann der Konkursverwalter auch Widerspruch erheben. Er muß aber das Interesse der Masse darlegen. **RG.** V 2. 3. 01, CBlFrG. **3** 425, JW. **01** 287.

Das Gewerbegericht ist für die Klage gegen den Konkursverwalter des Arbeitgebers zuständig. LG. Berlin 28. 12. 94, Baum, Handbuch für Gewerbegerichte 9, GewG. Berlin 27. 9. 01, das. 10.

Solange der Verwalter nicht in den Arbeitsvertrag eingetreten ist, gilt er nicht als Arbeitgeber im Sinne von § 1 GewGerG. **RG.** 10. 7. 03, R. **03** 530 Nr. 2717.

**RG.** III 16. 12. 02, **53** 190, JW. **03** 51: Das mit der Konkurseröffnung auf den Konkursverwalter übergegangene Verwaltungs- und Verfügungsrecht hinsichtlich des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens findet seine rechtliche Schranke in seinem Zwecke der Verwertung der Masse zur Befriedigung der Konkursgläubiger nach den Bestimmungen der KO. Daher kann beim Wechsel des Konkursverwalters der Nachfolger dem Vorgänger keine Zugeständnisse hinsichtlich seiner Auslagen und Vergütung machen, da die Festsetzung derselben dem Konkursgerichte gebührt; er kann ferner nicht die in der KO. vorgeschriebene Rangordnung der Gläubigerbefriedigung dadurch verletzen, daß er dem früheren Konkursverwalter ein ihm danach nicht zustehendes Zurückbehaltungsrecht vertragsmäßig gewährt.

Der Verwalter ist berechtigt, ein Absonderungsrecht anzuerkennen. Bayr. ObLG. 12. 10. 03, R. **03** 581 Nr. 3003.

Der Konkursverwalter, der Notar ist, kann Vertragsanträge, die der Masse gemacht werden, notariell beurkunden. Mit der Erklärung zu notariellem Protokoll ist der Vertragsantrag auch gegenüber dem Konkursverwalter erklärt. **RG.** CBlFrG. **2** 479.

4. Derjenige, über dessen Vermögen Konkurs eröffnet ist, kann zwar nach § 4 in Verbindung mit § 3 Ziff. 2 des Wahlgesetzes vom 31. 5. 69 nicht zum Reichstagsabgeordneten gewählt werden; wenn aber das Verfahren erst nach der Wahl eröffnet wird, so verliert er sein Mandat nicht. Guttmann, DJZ. **00** 40; a. M. Lesse, das. 134.

Zum preußischen Landtage kann ein Gemeinschuldner nicht wählen, aber gewählt werden. Die Konkurseröffnung nach der Wahl bewirkt nicht den Mandatsverlust. Anschütz, DJZ. **00** 181; a. M. Lesse, das. 134.

Infolge der Eröffnung des Konkurses kann der Schuldner in der Regel die Aufhebung der Personalhaft verlangen. Kleinfeller, BöhmsZ. **13** 9 ff.

Verliert der Schuldner infolge der Konkurseröffnung seine Kaufmannseigenschaft, so ist er nicht zur Zahlung der kaufmännischen Zinsen verpflichtet, wenn die Forderung erst nach der Konkurseröffnung fällig wird. **RG.** I 29. 1. 02, JW. **02** 186 Nr. 24.

**§ 7.** Nach der Konkurseröffnung kann das dem Dritten zugedachte Recht diesem nicht mehr anfallen, noch ein ausschließliches werden. Das vorher bedingt angefallene Recht kann aber zum unbedingten werden. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte 375.

Der Gemeinschuldner kann auch nach der Konkurseröffnung und nach Eintragung des Konkursvermerkes im Grundbuche noch Eintragungen bewilligen. KG. 6. 5. 01, KGJ. **22** A 229. Dagegen Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht I 114; ders. CBlFrG. **2** 815; Schöller, DJZ. **02** 169.

Der Gemeinschuldner kann nach der Eröffnung zwar unbeschränkt Miet-

verträge abschließen, auch Untervermietungen vornehmen, doch sind diese der Masse gegenüber nicht wirksam. Borcherdt, Mietsrecht 19.

**§ 9.** Die Ausschlagung einer Erbschaft ist den Konkursgläubigern gegenüber wirksam und unanfechtbar. RG. VII 17. 4. 03, **54** 295.

**§ 10.** RG. I 21. 6. 02, JW. **02** 423: Eine Aktiengesellschaft war verklagt, anzuerkennen, daß der Kläger 5000 M. für Überlassung eines Patents nicht schulde. Der Prozeß betrifft die Aktivmasse.

Gehört zur Konkursmasse ein Patent und war der Gemeinschuldner wegen Anpreisung dieses Patents aus § 1 des WettbewG. verklagt, so betrifft der Rechtsstreit das zur Konkursmasse gehörige Vermögen. Der Verwalter, nicht der Gemeinschuldner ist zur Aufnahme befugt. Daß der Gemeinschuldner Beklagter ist, steht der Aufnahme durch den Verwalter gemäß § 10 nicht entgegen; es kommt darauf an, ob der Gemeinschuldner einen zur Vermehrung der Teilungsmasse dienlichen Anspruch in dem schwebenden Prozesse verfolgt. RG. II 24. 11. 99, **45** 374.

Eine gegen den Gemeinschuldner anhängige Eigentumsfreiheitsklage, mit der kein von diesem angemaßtes dingliches Recht bestritten wird, gehört nicht zur Konkursmasse; das Verfahren wird daher durch die Konkurseröffnung nicht unterbrochen. OLG. Dresden 11. 2. 02, SächsA. **13** 262, R. **03** 240 Nr. 1334.

Eine anhängige condictio ob injustam causam auf Vernichtung einer widerrechtlich erlangten photographischen Aufnahme ist als Rechtsstreitigkeit über ein Aussonderungsrecht vom Verwalter zu übernehmen. RG. II 28. 12. 99, **45** 170.

Beteiligt sich ein Gläubiger nicht am Konkurse, so ist er befugt, einen vor der Konkurseröffnung eingeleiteten Prozeß gegen den Gemeinschuldner aufzunehmen. Voigt, Einfluß des Konkurses 146.

Ein Prozeß über die Frage, ob eine G. m. b. H. ihre Firma zu Ankündigungen in Zeitungen gebrauchen darf, gehört nicht zur Masse, wird daher nicht unterbrochen. RG. I 14. 12. 01, JW. **02** 95 Nr. 25.

Hat der Verwalter einen rechtshängigen Anspruch freigegeben, so ist er zur Aufnahme nicht befugt. Hierüber ist nötigenfalls durch Urteil zu entscheiden. Voigt, Einfluß des Konkurses 114. Wird ein Prozeß durch die Konkurseröffnung unterbrochen, so ist dem Gemeinschuldner das Armenrecht zu entziehen (ebenda 100). Der Streit mit dem Verwalter über die Zulässigkeit der Aufnahme ist durch Urteil zu entscheiden. Dieses Urteil unterliegt den Rechtsmitteln (ebenda 109).

Ein Zwischenurteil, worin ausgesprochen ist, daß der Gemeinschuldner während des Konkurses zur Aufnahme des Rechtsstreits nicht befugt war und die Kosten der Aufnahme zu tragen habe, ist ein vollstreckbarer Titel, auf Grund dessen die Kosten festgesetzt werden können. RG. III 29. 12. 99, **45** 406.

Hat eine Partei gegen den Verwalter einen Prozeß aufgenommen und dieser daraufhin beantragt, die Ladung für unzulässig zu erklären, so ist das Zwischenurteil, das diesen Antrag zurückweist, nicht selbständig mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar. RG. VII 10. 3. 03, **54** 120.

Die vom Gemeinschuldner erteilte Prozeßvollmacht erlischt nicht kraft Gesetzes mit der Eröffnung, sie ruht nur bis zur Aufnahme durch den Verwalter bzw. bis zum Ende des Konkurses. OLG. Zweibrücken 25. 3. 03, R. **03** 581 Nr. 3004.

Hatte der Verwalter Aktivprozesse aufgenommen, so ist der Tod des Gemeinschuldners ohne Einfluß. Schröder, BuschsZ. **28** 34.

Hellwig, Anspruch 259 ff.: Das gegenüber dem Konkursverwalter über die Aktivmasse ergangene Urteil wirkt für und gegen den Gemeinschuldner

nur, wenn der Verwalter mit der Klage aus einem Rechte, welches im Falle seines Bestehens Bestandteil der Konkursmasse ist, oder wenn er in einem Aussonderungs- oder Absonderungsprozesse gesiegt hat oder unterlegen ist. Fehlte aber dem Verwalter die Sachlegitimation, so wirkt ein solches Urteil nicht gegenüber dem Gemeinschuldner (siehe Hellwig zu § 166 KO.). Anders als § 166 liegen die Fälle der §§ 192, 206. Hier ist es zweifelhaft, ob das dem Verwalter gegenüber ergangene Urteil auch für und gegen den Gemeinschuldner vollstreckbar sein kann. Die Frage ist nach Hellwig, Anspruch 261, jedenfalls dann zu verneinen, wenn eine Verurteilung des Gegners deshalb erfolgt ist, weil eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners nichtig war oder durch Anfechtung des Verwalters vernichtet wurde, da diese Nichtigkeit nur relativ ist. Sofern das Urteil für und gegen den Gemeinschuldner wirkt, will Hellwig, Anspruch 262, ZPO. § 728 Abs. 2 analog anwenden. Ein Prozeß, der zu der Zeit, wo die Masse nach §§ 192, 206 aufhört, Sondervermögen zu sein, ähnhängig ist, wird vom Gemeinschuldner fortgesetzt (262 ff.). Und zwar wird der Prozeß wegen Wegfalls der Partei unterbrochen, bis er vom Gemeinschuldner oder von dem Gegner aufgenommen wird. Das gilt auch für einen Prozeß des Verwalters, wenn die Entscheidung davon abhängt, ob eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners auf Grund des § 7 KO. oder infolge Anfechtung nichtig ist.

Über die Wirkung der über Konkursforderungen (Passivmasse) herbeigeführten Entscheidungen gegenüber dem Gemeinschuldner siehe Hellwig zu KO. § 164 und über die Wirkung der rechtskräftigen Feststellung einer Masseschuld siehe Hellwig zu KO. § 57.

Auch das Mahnverfahren wird durch die Eröffnung unterbrochen und ist vom Verwalter aufzunehmen. Die Aufnahme erfolgt durch Ladung vor das Amtsgericht. Voigt, Einfluß des Konkurses 195.

Der Konkursverwalter kann in wirksamer Weise auf die Einlegung des Einspruchs gegen ein während der Unterbrechung des Verfahrens erlassenes und zugestelltes Versäumnisurteil verzichten. Die Befugnis zu dem Verzichte geht sofort mit der Konkurseröffnung auf den Verwalter über. Sie entsteht nicht erst durch die Aufnahme des Rechtsstreits, sondern wird dadurch nur ausgeübt. Die Aufnahme ist zu einem vertragsmäßigen Einspruchsverzichte nicht nötig. Hat der Verwalter auf den Einspruch verzichtet, ohne den Rechtsstreit aufzunehmen, so ist ein vom Gemeinschuldner nach Beendigung des Konkurses eingelegter Einspruch unzulässig. **RG.** VI 5. 10. 99, **45** 323.

**§ 11.** **RG.** VI 31. 1. 01, JW. **01** 183: Pfandklagen sind nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Pfandschuldners nur gegen den Konkursverwalter, nicht gegen den Pfandschuldner selbst zu richten.

Bei einer nur auf tatsächliche Eigentumsstörung gestützten Klage, Eigentumsfreiheitsklage, wird das Verfahren durch die Konkurseröffnung nicht unterbrochen. OLG. Dresden 11. 2. 02, SächsA. **12** 262, R. **03** 240 Nr. 1334.

**§ 12.** Hellwig, Anspruch 229: Da der Gemeinschuldner für die Konkursforderungen auch mit seinem freien Vermögen haftet, so könnten sie gleichzeitig im Konkurse bezüglich der Masse und außerhalb des Konkurses gegen den Gemeinschuldner verfolgt werden (arg. KO. §§ 234, 144 Abs. 2).

**§ 14.** In das Vermögen des Erben des während des Verfahrens gestorbenen Gemeinschuldners finden Arreste und Zwangsvollstreckungen statt. Soweit der Nachlaß des verstorbenen Gemeinschuldners nicht zur Masse gehört, bleiben Arreste und Zwangsvollstreckungen zugunsten einzelner Konkursgläubiger unzulässig. Schröder, BuschsZ. 28 11.

Ist in Deutschland der Konkurs eröffnet, so dürfen sich Konkursgläubiger aus dem in den Niederlanden befindlichen Vermögen des Gemeinschuldners be-

friedigen. Das dort Erlangte brauchen sie an die Masse nicht herauszugeben. **RG.** I 28. 3. 03, **54** 193, BöhmsZ. **13** 431, JW. **03** 182.

Ist für den Käufer eines Grundstücks eine einstweilige Verfügung auf Eigentumsvormerkung vor der Eröffnung erlassen, aber danach eingetragen, so kann er die Auflassung nicht verlangen. OLG. Celle 1. 4. 03, R. **03** 240 Nr. 1335.

**§ 15.** § 15 KO. und § 878 stehen der Anfechtung durch den Verwalter nicht entgegen. Ist die Eintragung einer Hypothek vor der Zahlungseinstellung beantragt, aber erst danach erfolgt und hatte der Gläubiger von der Zahlungseinstellung Kenntnis, so liegt Anfechtbarkeit vor. Die Eintragung ist eine Rechtshandlung im Sinne des Gesetzes. **RG.** VII 9. 5. 02, **51** 284, PucheltsZ. **33** 520, JW. **02** Beil. 240.

Erwirbt der Konkursverwalter das Eigentum an Grundstückszubehör, das an den Gemeinschuldner mit Vorbehalt verkauft war, so erstrecken sich die Hypotheken darauf. Die Sachen werden Eigentum des Gemeinschuldners, nicht der Gemeinschaft der Konkursgläubiger. **RG.** V 24. 1. 03, **53** 350.

Der Verwalter ist nicht befugt, seinem Amtsvorgänger in bezug auf seinen Anspruch auf Auslagenerstattung und Gewährung einer Vergütung ein Zurückbehaltungsrecht an Massegegenständen zuzusichern. Der Verwalter hat auch kein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht. **RG.** III 16. 12. 02, **53** 190.

**§ 16.** **RG.** VI 18. 4. 01, JW. **01** 403 f.: Beim Konkurse zum Vermögen des Komplementars einer stillen Gesellschaft berühren die Ergebnisse des durch den Konkursverwalter fortgesetzten Betriebs das Rechtsverhältnis des stillen Gesellschafters bezüglich seiner Einlage nicht, insofern es sich nicht um Abwickelung vor der Konkurseröffnung begonnener Geschäfte handelt. Zu letzteren gehört auch die Versilberung von Vermögensbestandteilen, falls die Höhe ihres Erlöses auf die Rechte und Pflichten des Kridars und seines Gesellschafters von Einfluß ist. Zu ihrer Vornahme ist der Konkursverwalter befugt. Der stille Gesellschafter muß sie gegen sich gelten lassen, und sie gelten auch für ihn, wenn der Konkursverwalter gar nicht die Absicht gehabt hat, mit der Versilberung die Geschäfte des Stillen zu führen.

Literatur: Bonnichon, Des effets de la faillité et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus. Paris 1900. Rousseau.

**§ 17.** 1. OLG. Braunschweig 6. 9. 02, BraunschZ. **02** Beil. 78: Wenn der Verwalter erklärt, daß er Vertragserfüllung nicht verlange, kann der Gemeinschuldner den Vertragsgegner nicht wider dessen Willen am Vertrage festhalten.

**RG.** 23. 2. 01, JW. **01** 252 Nr. 11: Nach Aufhebung des Konkurses können die Konkursgläubiger ihre Forderungen gegen den Gemeinschuldner unbeschränkt geltend machen, ohne daß dabei unterschieden wird, ob das Schuldverhältnis unberührt durch den Konkurs hindurchgegangen ist oder unter dessen Einwirkung — §§ 17 ff. — eine teilweise Veränderung seines Inhalts erfahren, insbesondere ob der ursprüngliche Erfüllungsanspruch sich in einen Interessenanspruch verwandelt hat. § 193 KO. gibt eine quantitative, nicht eine qualitative Beschränkung des Anspruchs.

2. Solange der Konkursverwalter nicht in den Arbeitsvertrag eingetreten ist, gilt er nicht als Arbeitgeber im Sinne von § 1 GewGerG. **RG.** 10. 7. 03, R. **03** 530 Nr. 2717. S. o. Seite 483 Abs. 2.

3. Der Konkursverwalter darf bei einem Kaufvertrage, den der Gemeinschuldner als Verkäufer geschlossen und teilweise durch Lieferung erfüllt hat, nicht die Bezahlung der gelieferten Waren verlangen, die Restlieferung dagegen ablehnen. Liefert er den Rest nicht, so braucht der Gegner das bereits Gelieferte nicht zu bezahlen. Der Wert des Gelieferten ist bei der Berechnung des Schadens

mit in Anschlag zu bringen. OLG. Dresden 16. 12. 01, SächsA. **13** 266, R. **03** 240 Nr. 1336.

4. Gesellschaftsverhältnisse endigen schon infolge der Konkurseröffnung, der später eintretende Tod des Gemeinschuldners kann also keinen Einfluß haben. Schröder, BuschsZ. **28** 31.

5. **RG.** I 11. 5. 01, JW. **01** 458: Der Konkursverwalter ist nicht verpflichtet, über die von dem Kridar als Kommissionär vorgenommenen Käufe und Verkäufe Rechnung zu legen, falls er nicht in das Kommissionsverhältnis gemäß § 17 KO. eingetreten ist. Aus der Übernahme des Kommissionslagers und der aus der Kommission ausstehenden Forderungen durch den Konkursverwalter folgt aber eine Pflicht desselben zur Auskunft über den Bestand des Warenlagers und mit Rücksicht auf § 392 Abs. 2 HGB. auch über die ausstehenden und von ihm eingezogenen Forderungen.

6. Einfluß des Konkurses des Versicherers auf den Versicherungsvertrag nach dem Entwurfe des Gesetzes über den Versicherungsvertrag. Könige, R. **03** 382.

Der Verwalter ist berechtigt, in bestehende Versicherungsverträge einzutreten. **RG.** II 20. 6. 02, **52** 53. Er ist insbesondere berechtigt, durch Fortzahlung der Prämien ein Lebensversicherungsverhältnis aufrechtzuerhalten. Ehrenberg, JheringsJ. **41** 376.

Hat der Gemeinschuldner sein Leben versichert, so fällt die Versicherungssumme bei seinem Tode in die Masse, wenn der Vertrag nicht zugunsten eines bestimmten Dritten geschlossen ist. Ist dies der Fall, so gehört die Versicherungssumme nicht zur Masse. Schröder, BuschsZ. **28** 33.

Bei der Seeversicherung hat der Versicherte zu bestimmen, ob der Vertrag aufgehoben sein soll (§ 898 HGB.). Die Kosten der neuen Versicherung, die der Versicherte nimmt, kann er gegen die Prämienforderung der Masse aufrechnen. **RG.** I 1. 11. 02, **52** 405.

Ist ein Versicherungsvertrag zugunsten eines Dritten geschlossen worden, ohne daß dieser ein Recht auf die Versicherungssumme erworben hat, so wird er durch den Konkurs um seine Zukunftsaussicht gebracht. Hat er ein widerrufliches Recht erlangt, so kann der Konkursverwalter ohne weiteres widerrufen. Ehrenberg, JheringsJ. **41** 393, 394.

Hat ein Versicherer Rückversicherung genommen und ist er in Konkurs verfallen, so berechnet sich, sofern der Vertrag nicht etwas anderes bestimmt, der vom Rückversicherer zur Masse zu leistende Schadensbeitrag nicht nach der Versicherungssumme des Hauptversicherten, sondern nur nach der diesem zu gewährenden Konkursdividende, mag man das Rückversicherungsverhältnis als Gesellschaft oder als Versicherung auffassen. **RG.** I 8. 6. 03, JW. **03** Beil. 94, R. **03** 429 Nr. 2254, DJZ. **03** 525.

**§ 18.** Wird nach Abschluß eines gemäß § 69 BörsenG. verbindlichen Differenzgeschäfts über einen der Vertragschließenden Konkurs eröffnet und liegt ein Lieferungsgeschäft mit Vorbehalt der Erfüllung durch Differenzzahlung vor, so ist § 18 KO. anwendbar. Würde ein Differenzgeschäft mit Ausschluß der effektiven Lieferung im Börsenterminhandel vorkommen, so käme § 18 KO. nicht in Betracht, sondern es wäre nur die Erfüllung eines zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht erfüllten einseitigen Vertrags in Frage. Kleinfeller, HoldheimsMSchr. **12** 59.

**§ 19.** Der Verwalter im Nachlaßkonkurse kann auch nach § 569 BGB. kündigen. Borcherdt, Mietsrecht 125.

Hatte der Verwalter ein Mietverhältnis noch nicht aufgekündigt, so steht nach dem Tode des Gemeinschuldners seinen Erben das Recht zu, nach § 569

BGB. zu kündigen. Dies Recht ist durch den Verwalter auszuüben. Schröder, BuschsZ. 28 32.

Kündigt der Vermieter, so ist die Mietzinsforderung bis zum Tage der Eröffnung Konkursforderung, vom Eröffnungstage bis zum Ablaufe der Kündigungsfrist Masseschuld. Arnold, Die Wohnungsmiete (München 1899) 111.

Der Schaden des Vermieters ist vom Gerichte nach freiem Ermessen festzustellen. Zugunsten des Vermieters ist die Dauer des Mietverhältnisses, die Höhe des Mietzinses, die etwaige Schwierigkeit der Weitervermietung und der Nachteil des Leerstehens der Räume in Betracht zu ziehen. Zu seinen Ungunsten kommt in Betracht, daß er die Benutzung nicht zu gestatten hat, daß die Abnutzung unterbleibt und manche Aufwendungen, z. B. Wasserzins, erspart werden. SächsOLG. 4. 7. 03, **25** 353.

Hat der Vermieter Aufwendungen für die Herrichtung der Mieträume gemacht, so kann er diese, wenn der Konkursverwalter des Mieters kündigt, nicht ersetzt verlangen. Der Schaden des Vermieters besteht im Mietzinsverlust. OLG. Dresden 30. 6. 03, SächsA. **14** 265.

**§ 22.** Die Kündigung ist während der ganzen Vertragsdauer, nicht nur zum ersten gesetzlichen Kündigungstermine zulässig. Marwitz, Bühnenengagementsvertrag 144.

Die §§ 6 und 23 KO. gelten neben GenG. § 104, der sich als logische Folgerung aus § 23 KO. darstellt. Das Rechtsverhältnis der besoldeten Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats einer eingetragenen Genossenschaft ist als Dienstverhältnis im Sinne von §§ 611ff., 675 BGB. zu betrachten. Die Konkurseröffnung führt durch den Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Verwalter die Unmöglichkeit der ferneren Annahme der Dienste herbei, auf welche der Dienstvertrag lautet. Der Anspruch der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder auf Vergütung fällt damit von Rechts wegen fort. Einer Kündigung durch den Verwalter bedarf es nicht, weil das Vertragsverhältnis durch die Konkurseröffnung zugleich mit der Genossenschaft kraft Gesetzes aufgelöst ist. Die gültige, gemäß § 104 GenG. erfolgte Wahl darf nicht durch Kündigung umgestoßen werden. Aber die Generalversammlung hat nur die Personenfrage zu entscheiden und kann durch ihren auf Beibehaltung der Personen lautenden Beschluß diesen weder die Fortdauer des bisherigen Vergütungsanspruchs noch einen neuen Vergütungsanspruch verleihen. Die gewählten Personen haben für die Zeit nach der Konkurseröffnung einen solchen Anspruch nur, soweit ihn der Verwalter bewilligt oder eine Forderung wegen Auslagen oder Bereicherung begründet ist. Ähnlich verhält es sich im Konkurs einer Aktiengesellschaft, für welchen nur §§ 6 und 23 KO. Anwendung finden. Kleinfeller, DIZ. **03** 23ff.

Solange der Verwalter nicht in den Arbeitsvertrag eingetreten ist, gilt er nicht als Arbeitgeber im Sinne von § 1 GewGerG. **RG.** 10. 7. 03, R. **03** 530 Nr. 2717.

Gesindedienstverträge, die der Verwalter noch nicht gekündigt hatte, können nach dem Tode des Gemeinschuldners gemäß §§ 101ff. der preuß. GesindeO. gekündigt werden. Schröder, BuschsZ. 28 32.

**§ 23.** Vom Gemeinschuldner erteilte Aufträge erlöschen mit der Konkurseröffnung, sein später eintretender Tod ist also ohne Einfluß. Schröder, BuschsZ. 28 31.

**§ 24.** Ist auf Grund eines zweiseitigen Vertrags eine Vormerkung eingetragen, so ist dem Verwalter nicht freigestellt, ob er auf Erfüllung dieses Vertrags bestehen wolle oder nicht. Priester, AbürgR. **22** 192.

Ist für den Käufer eines Grundstücks eine einstweilige Verfügung auf

Eigentumsvormerkung vor der Eröffnung erlassen, aber erst danach eingetragen worden, so kann er die Auflassung vom Verwalter nicht verlangen. OLG. Celle 1. 4. 03, R. **03** 240 Nr. 1335.

**§ 25.** Bei der Seeversicherung hat der Versicherte zu bestimmen, ob der Vertrag aufgehoben sein soll (§ 898 HGB.). Die Kosten einer neuen Versicherung, die der Versicherte nimmt, kann er gegen die Prämienforderung der Masse aufrechnen. **RG.** I 1. 11. 02, **52** 405.

**§ 26.** Wenn infolge der Konkurseröffnung ein dem Gemeinschuldner erteilter Auftrag erlischt, so können ihm zu fiduziarischem Eigentum übertragene Sachen ausgesondert werden. **RG.** V 23. 12. 99, **45** 80.

Mit der Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung eines zweiseitigen Vertrags kann aufgerechnet werden. Sie steht in dieser Beziehung anderen Konkursforderungen gleich. OLG. Frankfurt 4. 11. 03, R. **03** 581 Nr. 3006.

Die Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung eines zweiseitigen Vertrags und eine Forderung der Masse können nicht gegeneinander aufgerechnet werden. **RG.** V 9. 5. 00, **46** 98.

Vorbemerkung: Ein lebhafter Streit war um die rechtliche Konstruktion der Anfechtung entbrannt. Hellwig, Kipp und einige andere wollten sie der Anfechtung von Rechtsgeschäften, bei denen Willensmängel vorliegen, gleichstellen. Dem traten Wendt, Kleinfeller, Förtsch entgegen, und zwar mit Erfolg; denn die Rechtsübung ist der Hellwigschen Ansicht nicht gefolgt. In anderer Beziehung ist aber zu erwarten, daß Hellwig durchdringen wird. Er will nämlich eine Anfechtung auch bei Verträgen zu Gunsten Dritter, insbesondere den Lebensversicherungsverträgen, zulassen. Das Reichsgericht war hierfür bislang nicht zu gewinnen. Ein frauduloser Schuldner konnte sonach auf Kosten seiner Gläubiger seine Familie versorgen; außerdem bestand für ihn ein Antrieb zum Selbstmord. — Bezüglich der im folgenden reichlich herangezogenen §§ 142, 143 BGB. sei auf das beträchtliche zu diesen Bestimmungen im JDR. **1** u. **2** BGB. (§§ 142 ff.) veröffentlichte Material aufmerksam gemacht.

**§ 29.** 1. Die Gläubigeranfechtung ist von der Anfechtung nach dem BGB. wesentlich verschieden und hat deshalb keine dingliche Wirkung, wie sie nach BGB. § 142 eintritt. Kleinfeller, DJZ. **03** 386 ff.

OLG. Karlsruhe 6. 3. 03, BadRpr. **03** 142, 143: Das Anfechtungsrecht nach KO. und Anfechtungsgesetz hat auch nach der Novelle nur obligatorischen Charakter; bei Anfechtung eines Grundstücksverkaufs kann der Konkursverwalter von dem Erwerber nicht die Einwilligung in die neuerliche Eintragung des Kridars als Eigentümers in das Grundbuch begehren.

Die Anfechtung von Rechtshandlungen hat nicht die Folge der Nichtigkeit nach § 142 BGB.; es ist vielmehr richtig, nach wie vor von einem Anfechtungsanspruche zu reden. Wendt, AzivPr. **91** 442 ff.

Es ist auch nicht richtig, zu sagen, daß die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner erfolge, ihre Wirkung aber nicht gemäß § 142 BGB. Nichtigkeit, sondern nur eine Rückgewährspflicht sei. Wendt, AzivPr. **91** 448, gegen Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht 220, 226, Linsmayer, Grund und Umfang der Haftung wegen Benachteiligung der Gläubiger 26 ff.

Die Paulianische Anfechtung geschieht in Gemäßheit des § 143 BGB. durch Erklärung gegenüber dem anderen. Diese Anfechtung erzeugt den Anfechtungsanspruch, welcher im Wege der Klage geltend zu machen ist. Anfechtung und Klage können zeitlich zusammenfallen. Die Anfechtung unterliegt den Fristen der §§ 41, 42 KO., während für die Anfechtungsansprüche die 30 jährige Verjährungsfrist gilt. Die Anfechtung hat nicht wie diejenige des BGB. dingliche Kraft (a. M. Hellwig, BuschsZ. **26** 474 ff.), sondern obligatorische. Sie ist

früher entstanden als der Begriff der Anfechtung im BGB. Derjenige der KO. ist in langem Kampfe festgestellt; hätte der Gesetzgeber denselben ändern wollen, so hätte er dies zum Ausdrucke gebracht. Das Wort „Anfechtung" hat keinen technischen Sinn. Förtsch, R. **00** 181 ff.

Die Gläubigeranfechtung, sowohl die Konkurs- wie die Einzelanfechtung, wirkt nicht dinglich, sondern nach wie vor obligatorisch. Hieran hat die Einführung der Konkursnovelle und des BGB. nichts geändert. Die Gläubigeranfechtung ist lediglich in der Art ihrer Geltendmachung, „nicht" aber in ihrer Wirkung dem BGB. angepaßt worden. Sie erfolgt nunmehr durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner. Diese Erklärung bringt den Anfechtungsanspruch zur Entstehung, der unmittelbar auf dem Gesetze beruht und ein Schuldverhältnis aus gesetzlichem Tatbestande begründet. Die Anfechtung inner- und außerhalb des Konkursverfahrens bezweckt einen wirtschaftlichen Ausgleich und hat mit der Anfechtbarkeit der Willenserklärung im Sinne des BGB. § 142, die ihren Grund in einem Fehler der Willenserklärung hat, nichts Gemeinsames. Diese ist das Mittel, die Erklärung zu vernichten, jene will nur die Nachteile für die Konkursmasse und den betreibenden Gläubiger ausschließen und trifft nicht ein von rückwärts an nichtiges, sondern ein vollwirksames Geschäft; nicht Willens- oder Wissensmängel heben hier die Existenz des Rechtsgeschäfts auf, nur die ungünstigen wirtschaftlichen Folgen der anfechtbaren Handlung sollen wieder beseitigt werden. Daß die Gläubigeranfechtung nicht dinglich wirkt, ergibt sich auch aus § 342 Abs. 3 HGB., der für die Geltendmachung der Anfechtung und deren Wirkung die Vorschriften der KO., nicht das BGB. für anwendbar erklärt. K. Meyer, JW. **02** 613 ff.

Die Anfechtung erfolgt durch einseitige, empfangsbedürftige Erklärung. Hellwig, BuschsZ. **26** 474.

Die vom Verwalter angefochtene Rechtshandlung gilt als von Anfang an nichtig. § 142 BGB. ist entsprechend anzuwenden. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte 387; ebenso Kipp, Windscheids Pandekten (8) II § 463a.

Die Anfechtung nach der KO. hat wie im BGB. rückwirkende dingliche Kraft. Der Begriff „anfechten" hat nach der KO. keinen spezifischen Sinn, denn der Zusatz „als unwirksam" im § 22 KO. I (§ 29 KO. II) deutet auf dingliche, die Fassung des § 30 (§ 37) — „Rückgewähr" — auf obligatorische Folge. Wenn auch § 22 vermöge seiner Stellung, seines Wortlauts wie nach den Motiven das Prinzip birgt, so ist bisher gleichwohl der Begriff unter Heranziehung des gemeinen Rechtes im Regelsinn der obligatorischen Wirkung ausgelegt worden. Nach dem Inkrafttreten des BGB. ist dies nicht mehr zulässig, und der Begriff „anfechten" um so mehr mit der obengenannten Wirkung auszustatten, als durch Änderung des § 34 KO. I (§ 41 KO. II) aus dem Anfechtungsanspruch ein Anfechtungsrecht geworden ist, dessen Geltendmachung in Form einer privaten Willenserklärung gestattet, von den Motiven zur KO. II ausdrücklich für zulässig erklärt worden ist. Gaze, Rechtliche Folge der Anfechtung im Konkurse (Berlin 1903) 16.

2. Hat sich ein Dritter beim Kaufe eines Grundstücks gegenüber dem Gemeinschuldner verpflichtet, einen Teil des Kaufpreises durch Übernahme von Schulden, die der Gemeinschuldner bei einigen Konkursgläubigern hat, zu tilgen, so ist die daraufhin zwischen dem Dritten und den Gläubigern vereinbarte Schuldübernahme zwar keine eigentliche Rechtshandlung des Gemeinschuldners, muß diesem aber als solche zugerechnet werden; denn sie entspricht seinem erklärten Willen und geschieht in dessen Ausführung. **RG.** VII 18. 5. 00, **46** 101.

Auch Rechtsgeschäfte, die schon nach dem BGB. anfechtbar sind, können noch mit der Konkurspauliana angefochten werden. Sogar Rechtsgeschäfte, die

nach den Bestimmungen des BGB. nichtig sind, unterliegen grundsätzlich der konkursmäßigen Anfechtung. Der Ansicht der Motive und der herrschenden Lehre, daß die Anfechtung nichtiger Rechtsgeschäfte stets „gegenstandslos" und deshalb unstatthaft sei, kann nicht uneingeschränkt beigepflichtet werden. Man denke nur an ein gemäß §§ 119, 142 BGB. nichtiges Rechtsgeschäft. Bei Zulässigkeit der konkursrechtlichen Anfechtung in einem solchen Falle könnte die Masse Befreiung von der Zahlung des negativen Interesses (§ 122 BGB.) erlangen. Silbermann, Konkurspauliana 13 ff.

War ursprünglich Anfechtbarkeit eines Vertrags behauptet und wird dann geltend gemacht, es handle sich um einen Scheinvertrag, so liegt Klagänderung vor, die nur nach § 264 ZPO. zulässig ist. OLG. Colmar 3. 4. 03, R. **03** 214 Nr. 1191.

3. Bei der Anfechtung des Vertrags zugunsten eines Dritten ist zu unterscheiden zwischen der Anfechtbarkeit des Vertrags, der die Leistungspflicht des Versprechenden begründet, und der Anfechtung, die sich gegen die dem Dritten zuteil gewordene Verleihung des Rechtes auf die Leistung richtet. Bei der ersten Anfechtung ist Anfechtungsgegner der Versprechende; mit dem Wegfalle des Hauptvertrags wird nach § 334 BGB. auch das Recht des Dritten hinfällig. Wird lediglich die Zuwendung des Rechtes auf die Leistung angefochten, so ist der Dritte der Anfechtungsgegner. Der Erfolg dieser Anfechtung hängt von dem Grunde der Zuwendung ab. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte 366 ff.

Gegenüber dem Dritten, zu dessen Gunsten ein Lebensversicherungsvertrag abgeschlossen worden ist, findet eine Anfechtung nicht statt, mag er nun zunächst kein oder nur ein widerrufliches Recht auf die vertragsmäßige Leistung erworben haben. Den Gläubigern wird nicht durch eine Rechtshandlung des Versicherten, sondern durch seinen Tod der Zugriff unmöglich gemacht, der früher stattfinden konnte. Ehrenberg, IheringsJ. **41** 400. S. a. JDR. **1** zu §§ 331 ff. BGB.

Literatur: Bernhard Brecher, Die Interessenkonflikte bezüglich der Lebensversicherung, Wien 1902. Manzsche Buchhandlung.

4. Die Aufhebung eines Versicherungsverhältnisses durch unterlassene Prämienzahlung oder durch Vereinbarung mit dem Versicherer kann vom Verwalter angefochten werden. Ehrenberg, IheringsJ. **41** 378. Die Abtretung eines Versicherungsanspruchs kann anfechtbar sein (ebenda 378). Prämienzahlungen können angefochten werden. Erfolgt eine solche Anfechtung, dann müssen sich die Gläubiger mit dem damaligen Policewerte begnügen. Ehrenberg, ebenda 379.

Die Lebensversicherung zugunsten der Ehefrau kann vom Verwalter nicht angefochten werden. OLG. Stuttgart 16. 5. 02, DJZ. **02** 439, **RG.** VII 3. 6. 02, **51** 403; a. M. Lehmann, DJZ. **03** 115, Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte 338.

5. **RG.** VII 10. 6. 02, BadRpr. **02** 285: Die relative Unwirksamkeit, wie sie zugunsten der Gläubiger stattfindet, ist auch zu ihrem Nachteil anzuerkennen. Der Beklagte B. hatte Pferde, die er an den Gemeinschuldner unter Eigentumsvorbehalt verkauft hatte, pfänden und versteigern lassen. Fällt die Versteigerung den Gläubigern gegenüber fort, kann B. auf sein Eigentum zurückgreifen.

**RG.** VII 9. 5. 02, JW. **02** Beil. 240, PuceltsZ. **33** 520: § 878 BGB. bezweckt nur, bei dinglichen Rechtsgeschäften die Beteiligten gegen Unwirksamkeit des Geschäfts zu schützen, welche mangels dieser Vorschrift eine vor der Eintragung auf seiten der Berechtigten eintretende Verfügungsbeschränkung zur Folge haben würde. Dem Anfechtungsanspruche steht § 878 BGB., § 15 KO. nicht entgegen.

6. In Anfechtungsprozessen ist der Gemeinschuldner befugt, dem Beklagten als Nebenintervenient beizutreten. Kiehl, BuschsZ. **30** 319.

Bei der Anfechtung eines Pfändungspfandrechts handelt der Konkursverwalter als Vertreter der Konkursgläubiger. Er ist Dritter im Sinne von § 771 ZPO. Der Antrag ist darauf zu richten, die Pfändung gegenüber den Konkursgläubigern für unwirksam zu erklären. Brettner, R. **03** 502.

**RG.** VII 26. 3. 01, Gruchots Beitr. **46** 1094: Die Anfechtungsklage des Verwalters bezweckt die Geltendmachung eines die Veräußerung hindernden Rechtes an dem Gegenstande der Zwangsversteigerung. Allein zuständig ist also das Gericht gemäß §§ 771 Abs. 1, 802 ZPO.

7. Zur Sicherung des Anfechtungsanspruchs kann eine Vormerkung eingetragen werden. Bei fraudulöser Veräußerung eines Grundstücks kann eine Zwangshypothek vorgemerkt werden. LG. Leipzig 27. 11. und 18. 12. 01, CBlFrG. **2** 479.

8. OLG. Dresden 31. 5. 02, SächsA. **13** 260, R. **03** 240 Nr. 1338: Die Genehmigung eines vom Gemeinschuldner abgeschlossenen, die Gläubiger benachteiligenden Kaufvertrags durch den Konkursverwalter berührt die Rechte des Absonderungsberechtigten nicht.

**§ 30.** 1. Wenn der Schuldner infolge Insolvenz auch nur einem Zahlung verlangenden Hauptgläubiger gerecht zu werden aufhört und dies in die äußere Erscheinigung tritt, so liegt Zahlungseinstellung vor.

Solange der Schuldner seinen Verbindlichkeiten genügt, seien auch die Mittel dazu unredlich erworben, ist die Annahme einer Zahlungseinstellung ausgeschlossen. **RG.** VII 5. 7. 01, JW. **01** 653.

Für die Annahme der Zahlungseinstellung ist ein weiteres nicht erforderlich, als daß die Zahlungsunfähigkeit zu tatsächlichen Folgen führt, indem infolge ihrer der Gemeinschuldner entweder ausdrücklich seine Zahlungen einzustellen erklärt, oder seinen Zahlung verlangenden Gläubigern zu einem wesentlichen Teile ihrer Ansprüche aus dem zur äußeren Erscheinung gelangenden Grunde der Insolvenz Befriedigung werden zu lassen aufhört. Daß noch einzelne Zahlungen geleistet werden, steht der Annahme der Zahlungseinstellung nicht notwendig entgegen. **RG.** VII 17. 12. 01, **50** 39.

Auch wenn nur einem Gläubiger, insbesondere einem Hauptgläubiger gegenüber, die Zahlungsunfähigkeit als Grund der Nichtzahlung zur Erscheinung gelangt, so ist dies kein Grund, die Zahlungseinstellung zu verneinen. **RG.** VII 20. 12. 01, JW. **02** 96 Nr. 29.

**RG.** VII 6. 6. 02, JW. **02** 397: Zahlungseinstellung ist die nach außen erkennbar gewordene Tatsache der allgemeinen Nichterfüllung der fälligen Geldschulden wegen voraussichtlich dauernden Mangels an Zahlungsmitteln; oder auch: die in einer solchen Weise, daß sie (wenn auch nicht für jedermann, so doch innerhalb der beteiligten Geschäftskreise) erkennbar geworden, in die äußere Erscheinung getretene Zahlungsunfähigkeit.

**RG.** II 26. 9. 02, JW. **02** 546: Der Umstand, daß der Schuldner noch irgendwelchen Kredit genoß, schließt die Annahme der Zahlungseinstellung (die im übrigen genügend erwiesen ist) nur aus, wenn der Kredit entweder schon gewährt oder bestimmt in Aussicht gestellt ist und er so beschaffen war, daß mit seiner Hilfe die Erfüllung oder Stundung mindestens der fälligen Verbindlichkeiten zu bewirken war.

Zahlungseinstellung bedeutet eigentlich das Aufhören des Schuldners mit jeder Zahlung. Der Umstand, daß der Schuldner, wenn Pfändung droht, kleinere oder selbst größere Schulden bezahlt, beseitigt die Zahlungseinstellung nicht, wenn den bezahlten Forderungen unbezahlt gebliebene in solchem Maße gegenüberstehen,

daß die ersteren als die Ausnahme erscheinen und trotz dieser Ausnahmen gesagt werden kann, der Schuldner habe im allgemeinen wegen dauernden Mangels an bereiten Mitteln aufgehört, seine fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen. RG. 30. 12. 02, BadRpr. **03** 110.

2. Kenntnis des Bevollmächtigten von der Zahlungseinstellung zur Zeit der Vornahme der angefochtenen Handlung genügt zur Anfechtung. RG. II 4. 7. 02, JW. **02** 444.

§ 166 BGB. findet keine Anwendung. OLG. Posen 27. 5. 02, PosMschr. **02** 132.

Kenntnis des Gerichtsvollziehers von der Zahlungseinstellung schadet dem Pfändungsgläubiger nicht. OLG. Hamburg 9. 4. 02, SeuffA. **58** 298, DJZ. **03** 36; OLG. Bamberg 21. 9. 03, SeuffA. **58** 299.

3. Da die Zahlungseinstellung als Tatsache erkennbar in die äußere Erscheinung tritt, so kann sie den unmittelbaren Gegenstand einer Eidesauflage bilden. RG. VII 6. 6. 02, **51** 413, SeuffA. **58** 295.

4. RG. VII 2. 1. 03, **53** 234, JW. **03** 51: Durch ein vor Konkurseröffnung zwischen dem Gemeinschuldner und einem Dritten abgeschlossenes Rechtsgeschäft, zufolge dessen letzterer eine Hypothek an dem Grundbesitze des Gemeinschuldners dafür erwirbt, daß er in Höhe derselben einzelne von dessen Gläubigern befriedigt, werden allen anderen Gläubigern Befriedigungsmittel entzogen; somit liegt eine Benachteiligung der Konkursgläubiger im Sinne des § 30 KO. vor.

Bestellt ein Schuldner an seinem Grundstück einen Nießbrauch, um die Pfändung der Mietzinsen zu verhindern, so ist dieser Nießbrauch nicht anfechtbar; pfändbar bleibt der Anspruch auf den Betrag, der nach Abzug der Grundstückslasten und der Vorschüsse des Nießbrauchers von diesem an den Eigentümer herauszuzahlen ist. KG. 11. 10. 02, SächsA. **13** 255, KGBl. **02** 117.

Hat der Gemeinschuldner bares Geld erhalten und sofort zur Tilgung laufender Verbindlichkeiten selbst verwendet, so liegt in der Eingehung des Geschäfts keine Benachteiligung. Anders, wenn nach dem Vertrage die Leistung in der unmittelbaren Befriedigung der Gläubiger bestand. RG. VII 2. 1. 03, JW. **03** 51, R. **03** 186 Nr. 1063.

RG. VII 26. 4. 01, JW. **01** 405 f.: Als aus dem Vermögen des Gemeinschuldners geleistet gilt eine Zahlung dann nicht, wenn sie durch einen Dritten auf Anweisung des Gemeinschuldners in der Absicht erfolgt ist, dem Gemeinschuldner ein Darlehen zu geben. Der anfechtungsbeklagte Empfänger einer solchen Zahlung kann weder zur Herauszahlung an die Konkursmasse, noch zur Befreiung derselben von der Forderung des Dritten verurteilt werden, da in beiden Fällen eine vom Gesetze nicht gewollte Bereicherung der Masse eintreten würde.

Hat ein Gläubiger von einem Dritten eine Zahlung im Auftrage des Gemeinschuldners erhalten, so ist diese Zahlung nicht anfechtbar. Die Gläubigerschaft hat kein Interesse daran, ob der bezahlte Gläubiger oder der zahlende Dritte den Betrag zur Masse liquidiert. RG. VII 30. 4. 01, **48** 148.

Hellwig, Anspruch 82 Note 12a: Die Zahlung an einen Gläubiger fällt unter die lex specialis des § 30, und nicht unter § 31, auch wenn beide Teile sich voll bewußt waren, daß die Befriedigung des einen Gläubigers dem anderen die Befriedigungsobjekte entzieht.

Zahlt ein Girokunde der Reichsbank nach seiner Zahlungseinstellung Geld zur Gutschrift auf seinem Girokonto ein, um sein Guthaben zu erhöhen und es so zu ermöglichen, daß eine bereits früher von ihm ausgestellte weiße Anweisung honoriert werden könne, so ist die Zahlung anfechtbar. RG. VI 22. 1. 00, **45** 110. Vgl. hierzu Klein, GoldschmidtsZ. **55** 181 ff.

Hat der Gemeinschuldner für eine bestehende Forderung durch Bestellung

einer nicht versprochenen Hypothek Sicherheit geleistet, so ist vom Beklagten der Gegenbeweis zu verlangen. **RG.** II 7. 11. 99, DJZ. **00** 185.

Auch eine Befriedigung, die durch Hinterlegung erfolgt, kann anfechtbar sein. Paul Müller, Jherings J. **41** 502, 506.

Ob in der Leistung von Diensten ein gleichwertiges Entgelt für das entäußerte Vermögensstück gewährt wird, ist nur vom Standpunkte der Gläubiger zu beurteilen. Die Umstände des einzelnen Falles sind dabei ausschlaggebend. OLG. Cöln 31. 1. 03, R. **03** 267 Nr. 1492.

Die Benachrichtigung gemäß § 1280 BGB. ist erst nach der Erlangung der Kenntnis des Beklagten von der Zahlungseinstellung erfolgt. Die Pfandbestellung ist daher anfechtbar. **RG.** VII 17. 2. 02, JW. **02** 185 Nr. 21.

Die Zwangsvollstreckung zur Befriedigung eines Anspruchs ist, anders als die zur bloßen Sicherung (Arrest), etwas, worauf der Gläubiger „in dieser Art" Anspruch hat und darum nicht nach § 30 Abs. 2 anfechtbar. Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnisse 81 f., 156 ff.

**RG.** VII 3. 5. 01, JW. **01** 385, Gruchots Beitr. **45** 1180: Die Rückgewähr oder Sicherstellung des Vermögens der Ehefrau bei nachherigem Vermögensverfalle des Ehemanns unterliegt zwar nicht mehr der Anfechtung nach Maßgabe des Schlußsatzes des § 25 Nr. 2 der alten KO., da dieser Schlußsatz im § 32 Nr. 2 KO. mit Rücksicht auf §§ 1391, 1418 BGB. gestrichen ist; sie ist aber anfechtbar, sofern die Voraussetzungen der übrigen unverändert übernommenen Anfechtungsvorschriften der §§ 30—32 KO. (§§ 23—25 der früheren Fassung) gegeben sind.

5. **RG.** VII 16. 12. 02, JW. **03** 46: Geht der Anfechtungskläger im Laufe des Prozesses von der Klage aus § 30 KO. zur Klage aus § 31 KO. über, so liegt Klagänderung, nicht Einführung eines neuen Anspruchs vor. (Ebenso OLG. Karlsruhe 19. 6. 02, BadRpr. **02** 279.)

**§ 31.** 1. Der Anfechtungskläger braucht dem Beklagten nur nachzuweisen, daß er im allgemeinen den Benachteiligungswillen des Gemeinschuldners kannte, d. h. daß er seinerseits überzeugt war, der Gemeinschuldner handle mit diesem Willen. Ob der Beklagte gewußt hat, in welcher besonderen Art und Weise die Benachteiligung ausgeführt werden soll, ist gleichgültig. **RG.** VII 19. 11. 01, JW. **02** 24 Nr. 17.

2. Nimmt in den Fällen des § 331 BGB. der Dritte die Zuwendung mit Kenntnis davon an, daß der Erblasser sie gemacht hat, um seine Gläubiger zu benachteiligen, so hat er sie zurückzugewähren. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte 378.

3. Dem Anfechtungsgegner kann der Eid darüber zugeschoben werden, daß der Gemeinschuldner die Absicht hatte, seine Gläubiger zu benachteiligen. Er ist in Ansehung des anfechtbaren Erwerbes Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners. **RG.** VII 30. 6. 03, DJZ. **03** 477 Nr. 97.

4. Aus der Vornahme eines Erfüllungsgeschäfts durch den Schuldner trotz seiner Kenntnis von der Insuffizienz seiner Mittel zur Befriedigung der übrigen Gläubiger folgt noch nicht der Dolus des § 31 Nr. 1. **RG.** VII 4. 12. 00, JW. **01** 910, Gruchots Beitr. **45** 1176.

Die Möglichkeit, daß der Gemeinschuldner, indem er den einen Gläubiger befriedigt, zugleich darauf ausgeht, die übrigen zu benachteiligen, erscheint auch bei reinen Erfüllungsgeschäften nicht ausgeschlossen; die Annahme aber, daß ein solcher Fall vorliege, wird sich nur auf besondere Umstände stützen lassen, die der Anfechtende darzulegen hat. **RG.** VII 22. 11. 01, JW. **02** 78 Nr. 9, Gruchots Beitr. **47** 429, R. **03** 240 Nr. 1337.

Erfüllungsgeschäfte sind nur anfechtbar, wenn der Wille des Schuldners

ausdrücklich auf die Vereitelung des Befriedigungsrechts anderer Gläubiger gerichtet ist. Meyer, R. 02 166.

Das RG. hat in seinen früheren Entscheidungen keinen Rechtsgrundsatz aufstellen wollen, daß sich bei Erfüllungs- und Deckungsgeschäften die Beweislast umkehre. Nicht einmal eine allgemein gültige Beweisregel ist darin zu sehen, sondern nur ein allgemeiner Erfahrungssatz. Ebensowenig läßt sich bei der Anfechtung nach Nr. 1 ein Rechtsgrundsatz aufstellen, daß bei solchen Geschäften eine fraudulose Absicht des Schuldners nicht unterstellt werde und zur Feststellung der Benachteiligungsabsicht das Bewußtsein des Schuldners, durch die Befriedigung oder Sicherung des einen Gläubigers die übrigen zu benachteiligen (und zwar auch dann, wenn diese Benachteiligung die notwendige Folge ist), nicht ausreichen könne. Es ist eine reine Tatfrage, ob die fraudulose Absicht des Schuldners und deren Kenntnis beim Anfechtungsgegner als vorliegend zu erachten ist; vgl. **RG. 23** 9, **33** 120, Gruchots Beitr. **47** 427. **RG.** VII 23. 9. 02, 26. 9. 02 und 7. 10. 02, JW. **02** 546, 590 und 593.

Auch bei Deckungsgeschäften hat der Beklagte die Vermutung des § 31 Ziff. 2 zu widerlegen. **RG.** VII 17. 12. 01, JW. **02** 95 Nr. 26.

Ein bloßes Erfüllungsgeschäft (Hypothekenbestellung), das der Kridar innerhalb der einjährigen Frist zugunsten eines Verwandten vornimmt, ist nur nach § 31 Abs. 1 KO. anfechtbar, ein dem gleichen Erfüllungszwecke dienender mit dem Verwandten neu geschlossener Vertrag (Abtretung einer Forderung) fällt unter § 31 Nr. 2. **RG.** VII 4. 6. 01, JW. **01** 539.

Hat der Gemeinschuldner im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung einem nahen Verwandten durch Bestellung einer Hypothek, die er vorher nicht versprochen hatte, Sicherheit geleistet, so ist diese Sicherung anfechtbar. Die Rechtsvermutung kommt nicht deswegen in Wegfall, weil der Verwandte eine wirkliche und fällige Forderung hatte. Der Anfechtungskläger hat nicht, wie das RG. früher bei Erfüllungsgeschäften verlangt hat, Umstände nachzuweisen, aus denen sich die betrügliche Absicht ergibt. **RG.** II 7. 11. 99, **45** 23.

5. Der dem Anfechtungsbeklagten obliegende Nachweis, daß ihm zur Zeit des Vertragsschlusses eine Absicht des Gemeinschuldners, die Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt war, kann auch mittelbar dadurch erbracht werden, daß der Beklagte beweist, es habe eine solche Absicht nicht bestanden. **RG.** VII 15. 1. 01, JW. **01** 123.

6. Als Ehegattin des Bruders gilt nach § 1590 Abs. 2 BGB., Art. 33 EG. z. BGB. auch die Witwe des Bruders. OLG. Breslau 30. 10. 03, R. **03** 609 Nr. 3153.

7. Aus der Streichung des Schlußsatzes von § 25 Ziff. 2 a. F. ist nicht zu folgern, daß eine Rückgewähr des Heiratsguts nur dann anfechtbar sei, wenn die Voraussetzungen von §§ 30, 31 Ziff. 1 vorliegen. Es ist vielmehr zu prüfen, ob die Rückgewähr des eingebrachten Vermögens des Gemeinschuldners nicht auch nach § 31 Ziff. 2 angefochten werden könne. **RG.** VII 3. 5. 01, DJZ. **01** 414.

**§ 32.** Zahlung fremder Schuld ist unentgeltliche Verfügung, wenn in das Vermögen des Zahlenden kein entsprechendes Entgelt kommt. Der Anspruch gegen den nun befreiten Schuldner ist kein Entgelt, wenn die Forderung objektiv wertlos war. **RG.** 6. 6. 02, **51** 412.

Der Fall, wo es sich um eine Pfandbestellung für eigene Schuld handelt, bei der der Gläubiger keine Gegenleistung macht, fällt nicht unter § 32, sondern unter § 30. Hellwig, Anspruch 82 Note 12a.

Die Sicherung fremder Verbindlichkeiten kann sich zwar als unentgeltliche Verfügung darstellen; doch ist sie es nicht, wenn Verbürgung oder Pfandbestellung

im eigenen Interesse erfolgte. OLG. Karlsruhe 25. 4. 03, BadRpr. **03** 321, R. **04** 81 Nr. 385.

Die Gewährung einer Mitgift, die nicht vor der Hochzeit versprochen worden war, ist als unentgeltliche Verfügung anzusehen (ALR.). **RG.** VII 17. 2. 02, JW. **02** 218 Nr. 22.

Eine unentgeltliche Verfügung liegt im allgemeinen nicht vor, wenn der Aussteller oder Indossant eines Wechsels diesen von seinem Nachmanne zurückerwirbt. Zahlung einer fremden Schuld ist dann keine unentgeltliche Verfügung, wenn der Zahlende dem Schuldner gegenüber zur Zahlung verpflichtet ist. Das Entgelt liegt in der Befreiung von der eigenen Schuld. **RG.** VII 17. 1. 02, JW. **02** 171 Nr. 33.

Hat der Gemeinschuldner innerhalb des letzten Jahres vor der Konkurseröffnung zugunsten eines Dritten einen diesen ausschließlich berechtigenden Vertrag geschlossen, ohne daß zwischen ihm und dem Dritten eine Vereinbarung über die causa stattfand, so stellt sich der Erwerb des Dritten als ein unentgeltlicher dar. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte 373. In den Fällen des § 331 BGB. ist die Anfechtbarkeit gegeben, wenn der Zuwendende in dem letzten Jahre vor der Konkurseröffnung gestorben ist. Hellwig, ebenda 378. Hat der Gemeinschuldner einem Dritten dadurch etwas unentgeltlich zugewendet, daß er früher als ein Jahr vor der Konkurseröffnung einen Vertrag zu seinen Gunsten schloß, so ist diese Zuwendung auch dann nicht anfechtbar, wenn der Dritte die Leistung erst kurz vor der Konkurseröffnung erhält. Hellwig, ebenda 371.

Die Lebensversicherung zugunsten der Ehefrau kann vom Verwalter nicht angefochten werden, auch nicht im Nachlaßkonkurse. OLG. Stuttgart 15. 5. 02, DJZ. **02** 439, **RG.** VII 3. 6. 02, **51** 403; a. M. Lehmann, DJZ. **03** 115.

Voraussetzung ist, daß die Ehe zur Zeit der Vornahme der anfechtbaren Verfügung schon bestand. OLG. Dresden 23. 12. 98, DJZ. **00** 210.

**§ 34.** Löst der Gemeinschuldner einen von ihm ausgestellten, von einem Dritten angenommenen Wechsel vor dem Verfalltag ein, so liegt keine unentgeltliche Verfügung vor. Im Zweifel ist anzunehmen, daß er seine eigene Schuld tilgt und die Forderung gegen den Akzeptanten zurückerwirbt. Hatte er aber die Absicht, durch die Einlösung die Verbindlichkeit des Akzeptanten zu erfüllen, und war er diesem gegenüber zur Einlösung verpflichtet, so liegt das Entgelt in der Befreiung von der eigenen Schuld. **RG.** VII 17. 1. 02, **50** 134, JW. **02** 171 Nr. 33.

**§ 37.** Ist eine Forderungspfändung anfechtbar, so muß der Anfechtungsgegner die ihm zur Einziehung überwiesene Forderung frei vom Pfändungspfandrechte zurückgewähren. Hat er die Forderung eingezogen, so muß er die empfangene Zahlung der Masse zurückerstatten. **RG.** VII 30. 12. 02, BadRpr. **03** 110, R. **03** 267 Nr. 1493.

Die Rückgewähr von Grundstücken erfolgt nicht in der Form der Rückauflassung. Der Verwalter kann nur die Duldung der Zwangsversteigerung für die Masse verlangen. **RG.** VII 6. 11. 03, JW. **03** 432, R. **04** 81 Nr. 386.

Der Anfechtungskläger hat für Hypotheken und Pfandrechte, die der Beklagte abgestoßen hat, Ersatz zu leisten. **RG.** VII 17. 12. 01, JW. **02** 95 Nr. 27.

Bei einer Einstellung des Konkursverfahrens fällt das Eigentum an dem Anfechtungsgegenstande von selbst wieder an den Anfechtungsgegner zurück. Dieser kann ihn vom Gemeinschuldner zurückfordern. Lippmann, JheringsJ. **41** 131.

Hat der Verwalter vom Anfechtungsgegner in der ersten Instanz Bewilligung einer Hypothekenlöschung, in der zweiten Bewilligung der Auszahlung des Versteigerungserlöses an die Masse verlangt, so liegt eine nach § 268 ZPO. zu-

lässige Beschränkung des Klagantrags, keine Klagänderung vor. **RG.** VII 24. 6. 02, **52** 83.

Der Begriff „Bereicherung" bei der Rückgewährsverbindlichkeit des gutgläubigen Empfängers nach § 37 Abs. 2 KO., § 7 Abs. 2 AnfG. bemißt sich nach bürgerlichem Rechte; der Begriff „Gutgläubigkeit" ist dagegen nicht aus dem bürgerlichen Rechte, sondern lediglich aus dem Anfechtungsrechte zu nehmen. Meyer, SeuffBl. **65** 295.

**§ 40.** Mehrere Sondernachfolger des ersten Erwerbers können bei der Konkurs- und Einzelanfechtung nicht als Gesamtschuldner in Anspruch genommen werden. Ihre Verpflichtungen sind nicht auf einmal, sondern erst sukzessive entstanden und sie haben ihre notwendige Begrenzung in dem Umfange der einzelnen Rechtsnachfolge. Meyer, SeuffBl. **65** 299. Mehrere Erwerber haften für die Rückgewährsverbindlichkeit bei der Konkurs- und Einzelanfechtung nach Maßgabe ihrer Beteiligung an dem angefochtenen Rechtsgeschäfte. Bei unteilbarer Leistung haften jedoch die mehreren Anfechtungsgegner als Gesamtschuldner. Meyer, SeuffBl. **65** 295.

**§ 41.** In einem vor dem 1. 1. 00 eröffneten Verfahren verjährt das Anfechtungsrecht des Verwalters in Jahresfrist. Es kann auch nicht mehr einredeweise geltend gemacht werden. **RG.** VII 15. 5. 03, **54** 422.

Vorbemerkung: Auf dem Gebiete des Rechts der Aussonderung hat der Treuhänder besondere Aufmerksamkeit auf sich gelenkt. Von Wert sind hier vor allem die eindringenden Untersuchungen von Schultze. Bedeutsam ist hierzu auch die Entscheidung des **RG. 45** 80. Zugleich geschichtlich interessant ist **RG. 45** 170, wo ein persönlicher Anspruch auf Aussonderung der photographischen Platten mit der Aufnahme Bismarcks auf dem Totenbett anerkannt wird.

**§ 43.** 1. § 43 begründet nicht eine Art einstweiliger Verfügung, nicht einen bloß vorläufigen Rechtsbehelf, sondern eine wirkliche dingliche oder persönliche Klage auf endgültige Ausscheidung und Herausgabe der Sache aus der Konkursmasse. **RG.** V 1. 2. 02, JW. **02** 172 Nr. 34.

2. Die Geltendmachung eines Aussonderungsrechts durch den Abzahlungsverkäufer wirkt als Ausübung des Rücktrittsrechts im Sinne von § 5 des AbzG. OLG. Marienwerder 4. 11. 02, R. **03** 215 Nr. 1193, SeuffA. **58** Nr. 92.

3. Bei Übereignung eines Warenlagers zur Sicherung einer Forderung muß ein Rechtsverhältnis gemäß § 930 BGB. vereinbart werden. Neuanschaffungen können gemäß § 181 BGB. in das Eigentum des Gläubigers übertragen werden. Doch bedarf es einer äußeren Tatsache, aus der das Kontrahieren des Schuldners mit sich selbst für Dritte erkennbar wird. **RG.** II 3. 1. 03, DJZ. **03** 153.

4. Die condictio ob injustam causam auf Vernichtung einer widerrechtlich erlangten photographischen Aufnahme ist als Aussonderungsanspruch zu behandeln. **RG.** VI 28. 12. 99, **45** 170.

5. Der Treugeber ist im Konkurse des Treuhänders zur Aussonderung berechtigt. In dem Augenblicke, wo der Konkursverwalter die dem Gemeinschuldner zu treuen Händen übergebene Sache zur Masse zieht, tritt die auflösende Bedingung ein, die der Eigentumsübertragung beigefügt ist. § 26 KO. steht dem nicht im Wege. Schultze, IheringsJ. **43** 19 ff.

Der Treugeber hat im Konkurse des Treuhänders ein Aussonderungsrecht. Weinberger, HirthsAnn. **35** 401.

Fiduziarisch zu Eigentum übertragene Sachen können ausgesondert werden. Insbesondere kann ein Grundstück ausgesondert werden, zu dessen Eigentümer der Gemeinschuldner gemacht worden war, um es erbteilungshalber als Beauftragter der Erben zu verkaufen. **RG.** V 23. 12. 99, **45** 80.

6. Stirbt der Gemeinschuldner als Vorerbe während des Konkurses, so können die Nacherben aussondern. Schellhas, Die Konkurssachen 84.

7. Hat der Gemeinschuldner unter Mißbrauch einer Vollmacht sich eine Hypothek auf dem Grundstücke des Machtgebers zuschreiben lassen, so kann dieser vom Verwalter entweder Löschung der Hypothek oder Umschreibung auf sich verlangen. **RG.** VI 1. 5. 99, **44** 1.

8. Ficht der Kläger eine Veräußerung an, die zur Vereitelung seines Anspruchs auf Herausgabe einer ihm gehörigen Sache erfolgt ist, so ist er im Falle des Obsiegens als Aussonderungsberechtigter anzusehen. Voigt, Einfluß des Konkurses 218.

**§ 45.** Der Verwalter kann sich auch auf die Vermutung aus § 1362 BGB. und gegenüber deren Widerlegung durch die Frau im Wege der Replik auf § 45 berufen. **RG.** IV 6. 4. 03, Gruchots Beitr. **47** 910. S. a. IDR. **2** zu § 1362 BGB. Ziff. 2.

Wenn die Ehefrau des Gemeinschuldners gemäß § 1381 BGB. bewiesen hat, daß die Gegenstände mit Mitteln des eingebrachten Gutes angeschafft worden sind, hat sie zugleich die ihr nach § 45 obliegende Beweispflicht erfüllt. Der § 1382 BGB. erspart der Frau aber nicht den Nachweis, daß die Haushaltungsgegenstände nicht mit Mitteln des Mannes angeschafft worden sind. Thiele, AzivPr. **91** 68 ff. S. a. IDR. **2** zu § 1381 BGB. u. die dortigen Verweisungen.

Nach dem Tode des Gemeinschuldners gilt § 45 für seine Witwe. Schröder, BuschsZ. **28** 37.

Der Verwalter ist nicht befugt, ohne Vorliegen eines einheitlichen Rechtsverhältnisses, kraft dessen er die Herausgabe einer Mehrheit oder eines Inbegriffs von Gegenständen verlangen kann, von der Ehefrau des Gemeinschuldners den Offenbarungseid nach § 260 BGB. zu fordern. **RG.** IV 6. 4. 03, Gruchots Beitr. **47** 910. S. a. IDR. **2** zu BGB. § 260 Ziff. 5.

Vorbemerkung: Von großer praktischer Bedeutung sind im Rechte der Absonderung die Sicherungsübereignung und die Sicherungsabtretung. Liegt eine reine Sicherungsübereignung vor, ist also das Eigentum cavendi gratia übertragen worden, so wird man die Analogie mit dem Pfandrechte schwerlich von der Hand weisen können. Ist aber ein Sicherungskauf geschlossen und der Kaufpreis auf die Forderung des Käufers verrechnet worden, so ist die Rechtslage eine wesentlich andere; in diesem Falle wird man von einem dem Absonderungsrechte ähnlichen Rechte nicht sprechen können. Eine Entwickelung der Lehre von der Sicherungsübereignung ist zu wünschen, wohl auch mit Sicherheit zu erwarten.

**§ 47.** Der Sicherungskäufer ist wie ein Absonderungsberechtigter zu behandeln. Lilienthal, DIZ. **02** 23; a. M. Kahn, DIZ. **03** 125.

Das Vorzugsrecht der Pfandbriefgläubiger nach § 35 des HypothekenbankG. vom 13. 7. 99 ist kein Absonderungsrecht; denn es gründet sich auf kein Recht, das schon vor der Konkurseröffnung bestanden hat. Seuffert, BuschsZ. **27** 104.

Der Pfandhalter nach § 1189 BGB. hat auch das Absonderungsrecht im Konkurse geltend zu machen. Königе, BuschsZ. **28** 416.

Genehmigt der Verwalter einen anfechtbaren Kauf, so werden die Rechte der Absonderungsberechtigten nicht berührt. OLG. Dresden 31. 5. 02, SächsA. **13** 260, R. **03** 240 Nr. 1338; s. auch bei § 4.

Literatur: Kreißelmeyer, Das Pfandrecht des Vermieters und Verpächters im Konkurse nach geltendem Reichsrechte. München 1903. Ackermann.

**§ 49.** Das für den Rechtsanwalt im § 32 Abs. 1 RAO. geschaffene Zurückbehaltungsrecht bezieht sich nur auf die Handakten in derjenigen Sache, in welcher der Rechtsanwalt Gebühren und Auslagen zu beanspruchen hat. Dem Rechtsanwalte steht im Konkurse seines Klienten ein Zurückbehaltungsrecht an

diesen Handakten nicht nach § 49 KO. zu, da hier der konkursrechtliche Kreis der Absonderungs- und Zurückbehaltungsrechte fest umschrieben ist. Allein, wenn auch der Gemeinschuldner an solchen Handakten, jedenfalls an den hierzu von ihm übergebenen Schriftstücken, eigentumsberechtigt ist, so sind doch derartige Urkunden nach § 1 Abs. 3 KO., da sie keinen durch Zwangsvollstreckung realisierbaren Vermögenswert bilden, nicht massepflichtige Vermögensbestandteile. Der Konkursverwalter hat kein Recht auf deren Inbesitznahme und das zulässige Zurückbehaltungsrecht betrifft daher nicht massepflichtige Gegenstände. Doch hat der Konkursverwalter mit Rücksicht auf §§ 10 und 11 KO., falls er dem Kostenanspruche des Rechtsanwalts nicht genügen will, ein Einsichtsrecht nach §§ 809 ff. BGB. K. Meyer, SeuffBl. **68** 6—11. S. a. JDR. **1** zu § 273 BGB. Ziff. 6.

Das letzte Jahr vor der Konkurseröffnung ist ein Zeitraum von 365 bzw. 366 Tagen, von dieser zurückgerechnet. Dieses letzte Jahr und das laufende Mietjahr fallen regelmäßig zum Teil zusammen. Arnold, Die Wohnungsmiete (München 1899) 146.

Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. oder ein vertragliches Zurückbehaltungsrecht werden im Konkursverfahren nicht anerkannt. Klein, GoldschmidtsZ. **55** 190.

**§ 53.** Die Aufrechnung ist eine Art der Absonderung. Sie unterscheidet sich nur dadurch, daß der rechtsgeschäftliche Pfandgläubiger abgesonderte Befriedigung verlangen, der Aufrechnungsberechtigte sie selbst durchsetzen kann. Feder, Goldschmidts Z. **54** 499.

Im Konkurse der Hypothekenbank sind auch die Pfandbriefgläubiger zur Aufrechnung befugt. Seuffert, BuschsZ. **27** 105.

Ein Gläubiger, der seine Forderung im Konkursverfahren nicht geltend gemacht hat, ist befugt, mit dieser in voller Höhe gegen eine aus der Zeit vor der Konkurseröffnung herrührende Forderung des Gemeinschuldners aufzurechnen, auch wenn vor der Erklärung der Aufrechnung ein Zwangsvergleich geschlossen worden ist, der den nicht bevorrechtigten Gläubigern nur 10 v. H. ihrer Forderungen gewährt. OLG. Bamberg 13. 6. 03, SeuffA. **58** 429.

Für den Erben des nach der Konkurseröffnung verstorbenen Gemeinschuldners ist eine Aufrechnung nicht ausgeschlossen. Schröder, BuschsZ. **28** 35.

Ein Gläubiger, der seine Forderung nicht angemeldet hat, darf zwar gegenüber einer Klage des Verwalters aufrechnen, aber nicht für den überschießenden Betrag Widerklage erheben. OLG. Colmar, DJZ. **00** 76.

**§ 54.** Mit der Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung eines zweiseitigen Vertrags kann aufgerechnet werden. Sie steht in dieser Beziehung anderen Konkursforderungen gleich. OLG. Frankfurt 4. 11. 03, R. **03** 581 Nr. 3006.

Bei der Seeversicherung hat der Versicherte zu bestimmen, ob der Vertrag aufgehoben sein soll (§ 898 HGB.). Die Kosten einer neuen Versicherung, die der Versicherte nimmt, kann er gegen die Prämienforderung der Masse aufrechnen. **RG.** I 1. 11. 02, **52** 405.

Die Versicherungsgesellschaft A. hatte an B. wegen Kollision eines seiner Dampfer 10 080 M. bezahlt. B. hatte dann im Auftrage von A. gegen C., den Reeder des kollidierenden Dampfers, eine Vorabentscheidung erstritten, die den Anspruch für gerechtfertigt erklärte. Darauf geriet A. in Konkurs. C. zahlte dann an B. auf Grund eines über die Höhe ihrer Verpflichtung geschlossenen Vergleichs 230 000 M. Der Konkursverwalter forderte nun 10 080 M. und Zinsen von B., welcher Abweisung beantragte, indem er mit Forderungen gegen A. aufrechnete. Das LG. Hamburg verurteilte den Beklagten; das OLG. wies dagegen die Klage ab. Schon durch Auftrag zur Klage gegen

E., also vor Eröffnung des Konkurses, ist der obligatorische Nexus zwischen A. und B. geschaffen, kraft dessen A. das Prozeßprovenü zum Teil fordern konnte. Der Anspruch auf Auskehrung des dereinstigen Prozeßprovenüs ist Bestandteil der Konkursmasse. Schon vor Konkurseröffnung wurde B. Schuldner von A., obwohl die geschuldete Leistung nach ihrem Inhalt erst später erfüllt werden konnte. — Auch durch Annahme der 10 080 M., also vor Konkurseröffnung, wurde B. zur Rückerstattung verpflichtet. Nimmt man an, daß dem B. die Entschädigung nicht mehr gebührte, sobald C. gezahlt hatte, so trat die Suspensivbedingung ein, an die diese Bedingung geknüpft war. Also auch dann Aufrechnung zulässig. OLG. IV Hamburg 16. 5. 02, HansGerZ. **02** Hauptbl. 77.

Der Bürge kann gegenüber dem Konkurse seine Bürgschaftsschuld ohne weiteres durch Aufrechnung tilgen. Damit geht die Hauptschuld auf ihn über. RG. I 31. 1. 03 **53** 403 ff., JW. **03** Beil. 56, DJZ. **03** 249. S. zu dieser Frage eingehend JDR. 2 BGB. § 774 Ziff. 3.

**§ 55.** Die Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung eines zweiseitigen Vertrags und eine Forderung der Masse können nicht gegeneinander aufgerechnet werden. RG. V 9. 5. 00, **46** 98.

Der Gläubiger, der zur Zeit der Eröffnung eine Forderung hat, kann damit auch aufrechnen, wenn er sie nach der Eröffnung abgetreten, aber wieder zurückerworben hat. Die Aufrechnung ist insbesondere dann zulässig, wenn die Abtretung nur zur Sicherstellung erfolgt war. OLG. Dresden 8. 1. 02, SeuffA. **57** 382 Nr. 202.

Ein Konkursgläubiger hat seine Konkursforderung nach der Eröffnung des Konkurses einem Dritten zu dessen Sicherstellung für einen gewährten Kredit abgetreten und sich dabei das Recht zum Wiedererwerbe der Forderung vorbehalten. Er hat auch einen Teil der Forderung später wieder erworben und damit gegen eine Forderung der Konkursmasse aufgerechnet. Diese Aufrechnung ist zulässig. RG. I 31. 5. 02, **51** 394.

Ein Schuldner des verstorbenen Gemeinschuldners kann gegenüber der Masse nicht auf seine Schuld eine Forderung, die er gegen den Erben hat, aufrechnen. Ein Konkursgläubiger kann seine Konkursforderung gegen eine Forderung des Erben aufrechnen, wenn dieser unbeschränkt haftet. Schröder, BuschsZ. **28** 36.

**§ 57.** Die rechtskräftige Feststellung des Anspruchs eines Massegläubigers wirkt bezüglich der Masse gegen den Gemeinschuldner. Ein zur Zeit der gemäß §§ 192, 206 erfolgten Beendigung des Verfahrens anhängiger Prozeß ist vom Gemeinschuldner fortzusetzen. Im Falle der Beendigung durch Schlußverteilung kann der Massegläubiger seinen Anspruch nur durch Klage verfolgen und sich nur auf Bereicherung oder einen sonstigen besonderen Haftgrund stützen. Hellwig, Anspruch 265 ff.

**§ 58.** Ziff. 2. Im Konkurs einer Hypothekenbank fallen die Kosten der Verwertung der registrierten Hypotheken und Wertpapiere der daraus gebildeten Sondermasse zur Last; diese hat aber nicht zu den Kosten der Verwertung der übrigen Masse beizutragen. Seuffert, BuschsZ. **27** 105.

Hierher gehören auch die Kosten einer Verhaftung des Gemeinschuldners. Schellhas, Die Konkurssachen 62.

Ferner gehört hierher die Vergütung des Verwalters. Jäger, DJZ. **00** 248.

**§ 59.** Grundstückszubehör haftet für die Hypotheken auch nach dem Verkaufe durch den Konkursverwalter. SächsOLG. **24** 231.

Wegen der Kosten der bei Beendigung des Konkurses anhängigen Prozesse s. bei § 163; s. auch bei § 208.

**§ 61.** I. Im Konkurse des Schuldübernehmers können gemäß § 418 Abs. 2 BGB. Vorzugsrechte nicht geltend gemacht werden, die im Konkurse des ursprünglichen Schuldners bestanden, und zwar auch dann nicht, wenn dieses Vorzugsrecht gegenüber dem ursprünglichen Schuldner schon rechtskräftig festgestellt worden war. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft 456.

II. Das Vorzugsrecht der Pfandbriefgläubiger nach § 35 des HypBankG. vom 13. 7. 99 macht deren Forderungen zu bevorrechtigten. Seuffert, BuschsZ. **27** 103.

III. Ziff. 1. Im § 168 des InvVersG. in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. 7. 99 ist den Beitragsrückständen das Vorzugsrecht nach § 61 Ziff. 1 der KO. eingeräumt worden.

OLG. Jena 18. 3. 03, ThürBl. **49** 288, 289, R. **03** 556 Nr. 2864: Handlungsagenten genießen für ihre Provisionsforderungen nicht das Konkursvorrecht des § 61 Ziff. 1 KO. Ebenso Düringer, R. **02** 601, DJZ. **03** 179 (KG.) und SächsOLG. **24** 139. A. M. Jäger, DJZ. **02** 362 und Komm. z. KO. § 61 Anm. 13. S. a. JDR. **2** zu HGB. § 88 Ziff. 5.

Das einem Bücherrevisor übertragene Inordnungbringen von Handelsbüchern ist — im Zweifel — Werkvertrag, nicht ein mit dem Vorrechte des § 61 KO. ausgestatteter Dienstvertrag (vgl. JW. **94** 210 Nr. 61; Bolze, Praxis **18** Nr. 410). OLG. Braunschweig 15. 2. 01, DJZ. **03** 228. S. a. JDR. **2** zu BGB. § 631 Ziff. 5 c.

Der Vertrag des Impresarios einer Singspieltruppe ist kein Dienstvertrag im Sinne von § 61 Ziff. 1 KO. BayrObLG. 21. 1. 01, SeuffA. **56** 395 Nr. 221.

Ziff. 2. Gerichtskosten und Gebühren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind keine öffentlichen Abgaben im Sinne des § 61 KO. BayrObLG. 1. 5. 03 (im Widerspruch zu seinem bisherigen Standpunkte, jedoch in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des RG.), DJZ. **03** 290.

Ziff. 4. Eine in der Schweiz approbierte Ärztin ist nicht bevorrechtigt. LG. Rostock 10. 7. 00, DJZ. **00** 484.

Die Zahnärzte genießen das Vorrecht (nicht die Zahntechniker). Meyer, R. **01** 429, Gottschalk, DJZ. **01** 457; a. M. Schröder, DJZ. **01** 210.

Ziff. 5. Das Vorrecht der Kinder des Gemeinschuldners besteht auch dann wegen ihres durch Erbrecht erworbenen, in der Verwaltung des Schuldners verbliebenen Vermögens, wenn eine Teilung des Nachlasses nicht stattfand. **RG.** IV 25. 1. 02, Gruchots Beitr. **46** 1116.

Hat der Gemeinschuldner als Testamentsvollstrecker Nachlaßgegenstände veruntreut, und ist er danach zum Pfleger der Erbin bestellt worden, so ist die Forderung der Erbin in seinem Konkurse bevorrechtigt; denn die Ersatzforderung wurde gesetzlich der Verwaltung des Gemeinschuldners unterworfen, als dieser zum Pfleger bestellt wurde, obwohl sie nicht auf Grund seiner pflegschaftlichen Verwaltung entstanden ist. **RG.** IV 11. 12. 99, **45** 156.

Hat die Mutter den Erbteil ihres Kindes am Nachlasse des Vaters gekauft und ist ihr der Kaufpreis auf unbestimmte Zeit gestundet worden, so ist die Kaufpreisforderung im Konkurse der Mutter bevorrechtigt. Als gesetzliche Vertreterin hatte sie auch allein die Verfügungsmacht über die Forderung. Dadurch war die Forderung gegen sie gefährdet. Dies ruft das Schutzbedürfnis hervor. OLG. Dresden 16. 1. 03, SächsA. **13** 635.

**§ 63.** Die Pfandbriefgläubiger der Hypothekenbanken können wegen der seit Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen auch aus den registrierten Hypotheken und Wertpapieren oder dem vom Treuhänder verwahrten Gelde keine Befriedigung verlangen (s. oben bei § 4). Seuffert, BuschsZ. **27** 105.

Zu den Geldstrafen im Sinne der Ziff. 3 gehören nicht die Vertragsstrafen. **RG.** III 28. 6. 01, **49** 189.

Das Versprechen des Vaters, die Kosten des einjährig-freiwilligen Militärdienstes zu bestreiten, kann im Konkurse nicht geltend gemacht werden (s. oben bei § 3). OLG. Celle 1. 3. 00, SeuffA. **56** 77 Nr. 42.

**§ 64.** Hancke, DJZ. **02** 367: § 64 ist dahin zu beschränken, daß der Anspruch auf abgesonderte Befriedigung auf einem Rechtsgeschäfte mit dem Hauptschuldner nicht mit einem Dritten beruht.

Die Pfandbriefgläubiger einer Hypothekenbank können Befriedigung aus der gemeinen Masse nur insoweit verlangen, als sie auf die vorzugsweise Befriedigung aus den registrierten Hypotheken und Wertpapieren und dem vom Treuhänder verwahrten Gelde verzichten oder dabei ausfallen. Der Verzicht auf das Vorzugsrecht ist eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung, die gegenüber dem Konkursverwalter abzugeben ist. Seuffert, BuschsZ. **27** 108.

Ist ein Konkursgläubiger gutgläubiger Pfandnehmer von Wertpapieren, die dem Kridar gehören und ihm vom Nichteigentümer für die Schuld des Kridars verpfändet sind, so unterliegt die Geltendmachung seiner Forderung der Beschränkung des § 64 KO. **RG.** II 4. 1. 01, JW. **01** 82.

Haften einem Gläubiger zwei Schuldner auf das Ganze und ist über beider Vermögen Konkurs eröffnet, so kann er in dem einen Konkurse seine volle Forderung geltend machen, wenn er auch in dem anderen Konkurs absonderungsberechtigt ist und nur in Höhe seines Ausfalls zur Hebung gelangt. **RG.** II 19. 9. 02, **52** 170.

Schuldübernahme s. bei § 61 zu I.

**§ 65.** Auch die Forderungen der Pfandbriefgläubiger der Hypothekenbanken gelten als fällig, wenn auch die Fälligkeit nach den Emissionsbedingungen noch nicht eingetreten ist, vielleicht von einer Auslosung abhängen würde. Seuffert, BuschsZ. **27** 105.

**§ 68.** Begründet derselbe Tatbestand einen rechtsgeschäftlichen Anspruch des A. gegen B. und einen deliktischen gegen C., so kann A. sowohl im Konkurse des B. als des C. seinen Anspruch in voller Höhe anmelden. Schönfeld, DJZ. **03** 395.

Die Forderung des Gläubigers und der Ersatzanspruch des Bürgen sind zwei selbständige, vollständig voneinander getrennte, auf zwei ganz verschiedene Rechtsgründe zurückzuführende Konkursforderungen. So gegen das RG.: Erlinghagen, Der Rückgriff des Bürgen auf den Schuldner im Konkursfalle des letzteren (Elberfeld 1902) 22.

Besteht in dem einen der mehreren Konkurse ein Absonderungsrecht, so kann gleichwohl in dem anderen die volle Forderung geltend gemacht werden. **RG.** II 19. 9. 02, **52** 170.

**§ 72.** Gemäß § 14 Abs. 4 des ReichsG. vom 4. 12. 99, betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, steht der gewählte Vertreter im Konkursverfahren einem gesetzlichen Vertreter gleich. Nach § 53 der ZPO. sind die Schuldverschreibungsgläubiger neben ihm ausgeschlossen. Königе, BuschsZ. 28 424.

§ 239 ZPO. ist nicht entsprechend anzuwenden. Schröder, BuschsZ. **28** 3 ff.

**§ 73.** Auch gegen die Entscheidungen des Konkursgerichts nach § 18 des ReichsG., betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, vom 4. 12. 99 findet die sofortige Beschwerde statt. Könige, BuschsZ. 28 418.

Lehnt das Konkursgericht das gemäß § 18 Abs. 4 des ReichsG., betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, vom 4. 12. 99 ge-

stellte Verlangen auf Berufung einer Versammlung der Schuldverschreibungsgläubiger ab, so findet sofortige Beschwerde statt. Seuffert, BuschsZ. **27** 114.

Der Gläubigerausschuß hat kein selbständiges Beschwerderecht. OLG. Marienwerder 3. 5. 01, PosMSchr. **02** 181.

**§ 74.** Ordnet erst das Beschwerdegericht die Eröffnung an, so ist ohne ausdrücklichen Ausspruch des Gerichts nicht ohne weiteres anzunehmen, daß der Beschluß sofort wirksam sei. Mothes, Die Beschlagnahme 47. Gegen Jäger Bem. 3 zu § 74.

Wenn der Antrag auf Konkurseröffnung vom Beschwerdegerichte zugelassen und dagegen vom Gemeinschuldner weitere Beschwerde eingelegt wird, kann der Gläubiger, solange die Entscheidung des Beschwerdegerichts noch nicht rechtskräftig und die sofortige Wirksamkeit nicht angeordnet ist, den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens zurückziehen. OLG. Colmar 6. 5. 02, ElsLothrJZ. **27** 501, OLG. **5** 215, DJZ. **04** 224; a. M. OLG. Hamburg 11. 5. 00, DJZ. **01** 440, SeuffA. **56** 115 Nr. 66.

**§ 76.** In Preußen erfolgen die öffentlichen Bekanntmachungen in erster Linie im „Öffentlichen Anzeiger zum Regierungs-Amtsblatt" (JMV. v. 5. 9. 82). Schellhas, Die Konkurssachen 43.

Die Berufung der Versammlung der Schuldverschreibungsgläubiger nach § 18 des ReichsG., betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, vom 4. 12. 99 wird nach § 6 dieses Gesetzes, nicht nach § 76 KO. bekannt gemacht. Seuffert, BuschsZ. **27** 115.

**§ 78.** Die rechtliche Stellung des Verwalters s. bei § 6.

**§ 82.** Eine Schadensersatzverbindlichkeit des Verwalters wegen schuldhafter Pflichtverletzung fällt nicht wie die des Konkursrichters unter § 839 BGB. Es tritt keine Haftung des Staates ein. Jäger, DJZ. **00** 248.

Der Gläubiger, der gegen das Schlußverzeichnis keine Einwendung erhoben hat, kann vom Verwalter nicht deshalb Schadensersatz verlangen, weil seine Forderung nicht in das Schlußverzeichnis aufgenommen worden ist. OLG. Dresden 9. 2. 03, SächsA. **13** 639.

Der Verwalter haftet persönlich für den von ihm hinterlegten Erlös von Sachen, woran ein Absonderungsrecht geltend gemacht worden war. Es kann den Absonderungsberechtigten nicht angesonnen werden, einen langwierigen Prozeß gegen andere Beteiligte zu führen. KG. 24. 4. 00, SeuffA. **56** 78 Nr. 43.

**§ 83.** Die einzelnen Maßregeln zur Flüssigmachung der Masse stehen im pflichtmäßigen Ermessen des Verwalters. Das Gericht hat sich in die eigentliche Verwaltungstätigkeit nicht einzumischen, soweit es sich um Zweckmäßigkeitsfragen handelt. Grobe Unzweckmäßigkeiten können allerdings als Pflichtverletzungen unter Umständen betrachtet werden. Schellhas, Die Konkurssachen 46. Die Mißachtung des Veräußerungsverbots nach § 128 kann zum Einschreiten von Aufsichtswegen Anlaß geben. Schellhas, ebenda 84. Der Verwalter ist berechtigt, sein Amt niederzulegen. § 671 Abs. 2 BGB. ist entsprechend anzuwenden. Schellhas, ebenda 49.

**§ 84.** Bei Gefahr im Verzuge kann das Gericht den Verwalter suspendieren und andere vorläufige Sicherungsmaßregeln treffen. Schellhas, Die Konkurssachen 48.

**§ 85.** Die Vergütung des Verwalters gehört nicht unter die „an Beamte für deren Tätigkeit zu zahlenden Beträge" im Sinne von § 79 Ziff. 6 GKG. Sie bildet Massekosten nach § 58 Ziff. 2, nicht nach Ziff. 1. Jäger, DJZ. **00** 248; vgl. Eccius, DJZ. **00** 268.

Der Anspruch des Konkursverwalters auf Erstattung angemessener barer Auslagen und auf Vergütung für seine Geschäftsführung gelangt erst durch die

seitens des Konkursgerichts erfolgende Festsetzung zur Entstehung. Vorher steht demzufolge dem zur Ausantwortung der Masse verpflichteten Konkursverwalter keinesfalls ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht zu. Letzteres ist aber auch deshalb zu verneinen, weil die Konkursordnung, welche die Rechte und Pflichten des Konkursverwalters einheitlich regelt, ein solches Recht nicht kennt und durch seine Vorschriften über die Rangordnung, nach der Gläubigeransprüche befriedigt werden sollen, es sogar ausschließt. **RG.** III 16. 12. 02 **53** 190, JW. **03** 51 (JDR. **2** § 273 BGB. Ziff. 9b).

Ist ein Rechtsanwalt Konkursverwalter, so wird seine Vergütung nicht nach der RAGebO. bestimmt. Walter=Joachim, Die RAGebO. (4) 372.

Ist ein Rechtsanwalt Konkursverwalter, so hat er neben der Vergütung Anspruch auf die Gebühren für die im Interesse der Masse geführten Prozesse. Schellhas, Die Konkurssachen 212.

**§ 87.** Gegen den Beschluß der Gläubigerversammlung, an Stelle des bisherigen einen anderen Gläubigerausschuß zu wählen, steht dem Gerichte kein Vetorecht zu. OLG. Oldenburg, DJZ. **03** 372.

**§ 91.** Die Anhörung der Gläubigerversammlung hält de lege ferenda nicht für erforderlich: Leisering, DJZ. **03** 522.

Die Vergütung eines Rechtsanwalts, der als Mitglied des Gläubigerausschusses tätig geworden ist, richtet sich nicht nach der RAGebO. In Berlin sind lediglich Stundengelder üblich. Walter=Joachim, Die RAGebO. (4) 372 Note 3.

**§ 92.** Die Mitglieder des Gläubigerausschusses sind berechtigt, ihr Amt jederzeit niederzulegen. § 671 Abs. 2 BGB. ist entsprechend anzuwenden. Schellhas, Die Konkurssachen 51.

**§ 93.** Besondere Vorschriften enthält § 18 Abs. 4 des ReichsG., betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, vom 4. 12. 99. Vgl. dazu Könige, BuschsZ. **28** 418.

Die Berufung einer Gläubigerversammlung der Besitzer von Schuldverschreibungen erfolgt auch im Konkurse nach den §§ 6, 7 des ReichsG. vom 4. 12. 99, nicht nach den Vorschriften der KO. Könige, BuschsZ. **28** 419.

**§ 95.** Hatte der Gemeinschuldner Schuldverschreibungen ausgegeben und werden die Schuldverschreibungsgläubiger durch einen Vertreter nach § 14 des ReichsG. vom 4. 12. 99 vertreten, so zählt gleichwohl jeder Gläubiger als eine Person. Ist die Zahl unbestimmt, so sind die §§ 95, 96 entsprechend anzuwenden. ➛ Wie ist es, wenn die Ehefrau darunter? ⬅ Könige, BuschsZ. **28** 428.

In der ersten Gläubigerversammlung ist jeder zur Stimmenabgabe zuzulassen, der eine Forderung zu haben behauptet; gleichgültig ist, ob die Forderung schon angemeldet ist oder nicht. Absonderungsberechtigte brauchen einen Ausfall noch nicht glaubhaft zu machen. Nur im Falle eines Widerspruchs hat das Gericht den Sachverhalt kurz zu erörtern und zu entscheiden. Schellhas, Die Konkurssachen 86, 87.

**§ 96.** Im Konkurse der Hypothekenbank sind die Pfandbriefgläubiger, die vorzugsweise Befriedigung gemäß § 35 des HypBankG. vom 13. 7. 99 verlangen, gleichwohl mit dem vollen Betrag ihrer Forderungen, nicht bloß nach der Höhe ihres mutmaßlichen Ausfalls stimmberechtigt. Seuffert, BuschsZ. **27** 105.

**§ 99.** Gültige Beschlüsse der Gläubigerversammlung können nicht durch Beschwerde angefochten werden. Fehlt es einem Beschluß an einem der gesetzlichen Erfordernisse (öffentliche Bekanntmachung des Gegenstandes, Zuständigkeit der Versammlung, vorschriftsmäßige Abstimmung), so ist er von Amts wegen als nichtig zu behandeln. Schellhas, Die Konkurssachen 56.

Gegen die Wahl eines anderen Gläubigerausschusses (§ 87) kann das Gericht grundsätzlich nicht einschreiten. OLG. Oldenburg, DJZ. **03** 372.

**§ 100.** Hält sich der Gemeinschuldner zu einer Auskunft nicht für verpflichtet, so ist die Entscheidung des Konkursgerichts herbeizuführen. Bei ungesetzlicher Verweigerung der Auskunft kann er durch Haft dazu angehalten werden. Schellhas, Die Konkurssachen 58, 59.

**§ 101.** Der Haftbefehl kann durch den Gerichtsvollzieher oder Gerichtsdiener, auch auf Ansuchen durch die Polizei vollstreckt werden. Auf die Vollstreckung der Haft sind die §§ 904—907, 910, 912, 913 ZPO. entsprechend anzuwenden. Schellhas, Die Konkurssachen 61.

Gegen den Erben des Gemeinschuldners sind die Zwangsmittel nicht zulässig. Schröder, BuschsZ. **28** 16.

HaagAbk. Art. 17: Die Forderung des Art. 17 betr. die Personalhaft ist erfüllt, wenn die Gesetzgebung eines Vertragsstaats formell und äußerlich die Aufhebung der Personalhaft für Inländer und Angehörige der anderen Vertragsstaaten an die gleichen Bedingungen knüpft, diese aber so gestaltet, daß sie vom Inländer regelmäßig sehr leicht, vom Ausländer dagegen in der Regel nicht erfüllt werden können. Sowohl das niederländische als das deutsche Recht entspricht dieser Forderung. Kleinfeller, BöhmsZ. **13** 1 ff.

Zivilhaft im Sinne von Art. 31 Abs. 3 der Reichsverfassung ist auch die Verhaftung im Konkursverfahren, ⋙ wofern man nicht annimmt, daß die Konkurseröffnung nach der Wahl den Mandatsverlust zur Folge habe. ⋘ Guttmann, DJZ. **00** 41.

**§ 103.** Der Antrag kann nur so lange zurückgenommen werden, als ihm noch nicht entsprochen worden ist. Die abweichende Ansicht in den Kommissionsprotokollen ist nicht beachtlich. OLG. Hamburg 1. 5. 00, DJZ. **01** 440, SeuffA. **56** 115 Nr. 66.

Hat das Amtsgericht den Eröffnungsantrag abgelehnt, das Beschwerdegericht aber zugelassen, jedoch nicht die sofortige Wirksamkeit seiner Entscheidung angeordnet, so kann bis zur Entscheidung über die vom Gemeinschuldner erhobene weitere Beschwerde der Gläubiger seinen Antrag noch wirksam zurücknehmen. Die weitere Beschwerde wird dann gegenstandslos. Das Verfahren ist aufzuheben. OLG. Colmar, OLG. **5** 215, ElsLothrJZ. **27** 501.

**§ 106.** Das Konkursgericht kann hiernach auch einzelne Vermögensstücke sequestrieren. Mothes, Die Beschlagnahme 50.

Eine Forderungsabtretung, die nach dem Erlasse des allgemeinen Veräußerungsverbots erfolgt, ist nicht nichtig, sondern nur gegenüber den Gläubigern unwirksam. Der Schuldner kann sich im Verhältnisse zu dem Zessionar nicht auf diese Unwirksamkeit berufen. OLG. Dresden 14. 7. 02, SächsA. **13** 257.

**§ 113.** Bei einer Briefhypothek ist der Konkursvermerk ohne Vorlegung des Briefes einzutragen (GBO. §§ 39, 42). OLG. Hamburg 9. 8. 01, RJA. **2** 204, CBlFrG. **2** 402; ebenso Eccius, DJZ. **01** 379.

**§ 114.** Die Freigabe durch den Verwalter geschieht in der Form der Erklärung gegenüber dem Gemeinschuldner. Sie wird also wirksam, wenn ihm die Erklärung zugeht. OLG. Hamburg 30. 9. 01, OLG. **4** 166.

**§ 117.** Der Verwalter wird nicht schon mit der Eröffnung, sondern erst mit der Besitznahme Besitzer. Mothes, Die Beschlagnahme 91.

Verweigert der Gemeinschuldner die Herausgabe, so muß sich der Verwalter eine vollstreckbare Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses erteilen lassen und den Gerichtsvollzieher beauftragen. Schellhas, Die Konkurssachen 58.

Der Konkursverwalter ist wahrer Besitzer. Er ist auch nicht Besitzmittler oder Besitzdiener des Staates, auch nicht der Gläubiger, wohl aber des Schuldners.

Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen 45; vgl. §§ 753, 808 ZPO., § 854 BGB. S. auch IDR. 2 BGB. zu § 868.

**§ 119.** Beruft sich der in Anspruch Genommene auf Unkenntnis der Eröffnung, so hat er diese Unkenntnis zu beweisen. Schellhas, Die Konkurssachen 63.

**§ 120.** Der Gläubiger, der die Besichtigung und Abschätzung nicht gestattet, haftet nach § 286 BGB. für den entstehenden Schaden. Schellhas, Die Konkurssachen 66.

**§ 121.** Der Verwalter ist berechtigt, Briefe unter Deckadresse in Empfang zu nehmen. Die Post ist aber nicht verpflichtet, sie ihm auszuhändigen. Schellhas, Die Konkurssachen 65.

Die Briefbeschlagnahme ist gegen den Erben des während des Verfahrens gestorbenen Gemeinschuldners nicht statthaft. Schröder, BuschsZ. **28** 17.

**§ 122.** Der Siegelungsbeamte hat die Anweisungen des Konkursverwalters darüber, welche Sachen von der Siegelung auszuschließen sind, zu befolgen. Jastrow, Formularbuch II 455.

**§ 123.** Über die Art und Reihenfolge der Aufzeichnung entscheidet der Verwalter. Die zugezogene obrigkeitliche oder Urkundsperson hat lediglich den Hergang zu beurkunden. Die Herstellung eines geordneten Inventars auf Grund der Aufzeichnung liegt dem Verwalter ob. Jastrow, Formularbuch 456.

**§ 125.** Lädt ein Gläubiger, so muß seine Forderung angemeldet, nicht aber festgestellt sein. Schellhas, Die Konkurssachen 72.

Nur ein Konkursgläubiger, dessen Forderung festgestellt ist, kann den Gemeinschuldner zum Offenbarungseide laden. OLG. Köln 25. 6. 03, R. **03** 530 Nr. 2718.

Ob der Konkursverwalter ohne Anfertigung eines Inventars von seiner Seite die Ableistung des Offenbarungseids verlangen kann, ist für die Entscheidung der Frage, ob der abgenommene Offenbarungseid dem § 153 StGB. unterfällt, nicht wesentlich. Es genügt, daß der Eid vor dem zu seiner Abnahme nach § 125 KO. sachlich und örtlich zuständigen Amtsgerichte geleistet wird. **RG.** 9. 10. 03, R. **03** 532 Nr. 2750.

Durch Art. 2 der niederländischen KO. vom 30. 9. 93 ist zwischen Deutschland und den Niederlanden den in Art. 17 des Abkommens zur Regelung von Fragen des internationalen Privatrechts vom 14. 11. 96 (RGBl. **99** 285) gestellten Anforderungen genügt. Formelle Gleichstellung der Ausländer mit den Inländern genügt. Kleinfeller, BöhmsZ. **13** 1 ff.

Der Verwalter ist nicht befugt, ohne Vorliegen eines einheitlichen Rechtsverhältnisses, kraft dessen er die Herausgabe einer Mehrheit oder eines Inbegriffs von Gegenständen verlangen kann, von der Ehefrau des Gemeinschuldners den Offenbarungseid nach § 260 BGB. zu fordern. Das Eigentum des Gemeinschuldners an den im Besitze der Frau befindlichen Gegenständen stellt ein solches einheitliches Rechtsverhältnis nicht dar. § 156 der preuß. KO. vom 8. 5. 55 kann nicht herangezogen werden. **RG.** IV 6. 4. 03, Gruchots Beitr. **47** 910. S. a. IDR. **2** zu § 260 BGB. Ziff. 3.

**§ 127.** Versteigerungen im Konkurse müssen nicht durch den Gerichtsvollzieher erfolgen. Soweit die Vorschriften über den Pfandverkauf zu beobachten sind, ist ein nach §§ 1235, 383 BGB., § 36 GewO. angestellter öffentlicher Versteigerer zu beauftragen. Im übrigen darf auch ein Privatversteigerer, dem nicht nach den §§ 14, 35 GewO. der Gewerbebetrieb untersagt ist, damit beauftragt werden. Stephan, R. **03** 547, 548.

Da schlechthin auf die Vorschriften über den Pfandverkauf verwiesen ist, so kann sich der Konkursverwalter auch gemäß § 1246 Abs. 2 BGB. zum freihändigen Verkauf ermächtigen lassen. LG. Tilsit 14. 1. 02, CBlFrG. **2** 116.

Betreibt der Verwalter die Verwertung nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung, so muß der Gerichtsvollzieher zunächst vorschriftsmäßig pfänden. Schellhas, Die Konkurssachen 79.

Hat der Konkursverwalter die Einstellung der Zwangsvollstreckung seitens eines Absonderungsberechtigten gemäß § 127 KO. bewirkt und betreibt er sodann die Zwangsvollstreckung selbst nicht, so ist der Einstellungsbeschluß aufzuheben. Denn die einzige Beschränkung, die im § 127 den Rechten des Absonderungsberechtigten auferlegt wird, geht wortdeutlich dahin, daß er der vom Verwalter betriebenen Verwertung nicht widersprechen darf. OLG. Königsberg 3. 5. 01, OLG. **01** 58f.

Der Konkursverwalter haftet persönlich für den von ihm hinterlegten Erlös von Sachen, woran ein Absonderungsrecht geltend gemacht worden war. Es kann dem Absonderungsberechtigten nicht angesonnen werden, einen langwierigen Prozeß gegen andere Beteiligte zu führen. RG. 24. 4. 00, SeuffA. **56** 78 Nr. 43.

**§ 128.** Mißachtet der Verwalter das Veräußerungsverbot, so ist das Konkursgericht anzurufen, um von Aufsichtswegen abzuhelfen. Die Zulässigkeit der Einwendung nach § 766 ZPO. ist bestritten. Stirbt der Gemeinschuldner als Vorerbe während des Konkurses, so können die Nacherben aussondern. Schellhas, Die Konkurssachen 84. Bleibt aus dem Erlös eines nacherbschaftlichen Gegenstandes nach der Befriedigung des Nachlaßgläubigers ein Überschuß, so ist er dem Gemeinschuldner herauszugeben und nicht zur Befriedigung der übrigen Gläubiger zu verwenden. Schellhas, ebenda 83.

**§ 129.** Auch nach dem Tode des Gemeinschuldners kann seiner Familie eine Unterstützung bewilligt werden, nicht dem Erben als solchem. Schröder, BuschsZ. **28** 37.

**§ 137.** Zur Begründung der besonderen Haftpflicht der Hinterlegungsstelle ist erforderlich, daß ihr von dieser ihrer Eigenschaft Mitteilung gemacht wird. RG. III 31. 5. 03, **54** 209.

Vorbemerkung: Zu dem Titel der KO., der die Schuldenmasse behandelt, sind im wesentlichen die alten Streitfragen erörtert worden. In der Entsch. **50** 412 scheint das Reichsgericht der Ansicht zuzuneigen, daß die Feststellung einer angemeldeten Forderung möglicherweise im Urkundenprozesse erfolgen könne. Ausdrücklich spricht es sich freilich hierüber nicht aus. Wenig Beachtung findet noch immer das Recht der Tabellenberichtigung. Die Rechtsübung der Konkursgerichte ist eine durchaus ungleiche. Schon die Fälle werden verschieden behandelt, wo der Verwalter oder Gläubiger seinen Widerspruch zurücknimmt. Noch mehr schwankt die Rechtsübung in der Behandlung von Abtretungen, Pfändungen und Verpfändungen angemeldeter Konkursforderungen. Schwierig und bislang ungeklärt ist die Rechtslage, wenn eine Forderung vor der Eröffnung rechtshängig geworden, darnach abgetreten und vom neuen Gläubiger zur Tabelle angemeldet worden ist. Eigenartig sind auch die Folgerungen, die sich daraus ergeben, daß das RG. den Gläubiger einer rechtskräftigen Urteilsforderung zur Erhebung der Widerspruchsklage für befugt erklärt hat. Alle diese Fragen sind noch als offen zu bezeichnen.

**§ 138.** Die Anmeldung ist keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern eine unmaßgebliche Willensäußerung. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 193/194.

Die Anmeldung begründet ein der Rechtshängigkeit analoges Verhältnis und die entsprechende prozeßhindernde Einrede. Voigt, Einfluß des Konkurses 144.

Dingliche Ansprüche sind nicht anmeldungsfähig. Daher wird durch die Anmeldung die Verjährung eines dinglichen Anspruchs nicht unterbrochen (§ 901

BGB.). Die Feststellung bewirkt wegen ihrer judikatmäßigen Natur aber eine Unterbrechung. **Wolff**, AzivPr. **91** 375.

Ein Gläubiger, der seine Forderung nicht angemeldet hat, darf zwar gegenüber einer Klage des Verwalters aufrechnen, aber nicht für den überschießenden Betrag Widerklage erheben. OLG. Colmar 1. 5. 98, DJZ. **00** 76.

**§ 139.** Telegraphische Anmeldung ist zulässig. **Schellhas**, Die Konkurssachen 102.

Wird eine abgetretene Forderung durch den Zessionar angemeldet, der Anmeldung aber keine Abtretungsurkunde beigefügt, so berechtigt und verpflichtet diese Unterlassung den Konkursverwalter, die Forderung zu bestreiten. KG. 11. 2. 02, OLG. **5** 144.

Ein Pfandbriefgläubiger, der nach § 35 HypBankG. vom 13. 7. 99. vorzugsweise Befriedigung aus den registrierten Hypotheken und Wertpapieren, oder dem vom Treuhänder verwahrten Gelde verlangt, hat seine Forderung unter Inanspruchnahme dieses Vorrechts anzumelden. **Seuffert**, BuschsZ. **27** 105. Der gemäß § 14 des ReichsG., betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, vom 4. 12. 99 bestellte Vertreter hat die Forderungen anzumelden, wenn er bei seiner Bestellung dazu ermächtigt worden ist. **Seuffert** ebenda 120. Neben dem nach § 14 des ReichsG., betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, vom 4. 12. 99 bestellten Vertreter können die Gläubiger ihre Forderungen selbständig anmelden, falls ihnen diese Befugnis nicht durch besonderen Beschluß entzogen ist. **Seuffert** ebenda 122.

**§ 140.** Unvorschriftsmäßige Anmeldungen hat der Gerichtsschreiber abzulehnen. Gegen die Ablehnung ist die Entscheidung des Konkursrichters nachzusuchen (§ 576 ZPO.). **Schellhas**, Die Konkurssachen 104.

**§ 141.** Unvorschriftsmäßig angemeldete Forderungen, Anmeldungen, denen die Vollmacht des Vertreters nicht beigefügt ist, etwa angemeldete Masseansprüche oder Aussonderungsrechte sind von Amtswegen zurückzuweisen. Der Beschluß ist zuzustellen und kann mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden. **Schellhas**, Die Konkurssachen 110.

Der Erbe des Gemeinschuldners hat sich wie dieser über die Forderungen zu erklären. **Schröder**, BuschsZ. **28** 14. Bestreitet einer von mehreren Erben eine Forderung, so gilt sie als bestrittene. **Schröder** ebenda 19.

Ein Rechtsstreit über eine angemeldete Forderung darf erst nach Abhaltung des Prüfungstermins stattfinden, auch wenn sich die Parteien über das Gegenteil einigen. **RG.** I 4. 6. 02, JW. **02** 397, DJZ. **02** 428.

**§ 144.** Die konkursmäßige Feststellung eines angemeldeten dinglichen Anspruchs bewirkt die Unterbrechung der Verjährung (§ 901 BGB.), während die Anmeldung diese Wirkung nicht hat. **Wolff**, AzivPr. **91** 375.

Für die Frage, ob im Konkurs einer Kommanditgesellschaft die noch rückständigen Einlagen der Kommanditisten zur Deckung der Gesellschaftsschulden erforderlich sind, entscheidet nicht schon die Feststellung der Forderungen im Prüfungstermine. Diese Feststellung ist nicht maßgebend dafür, was noch einzuzahlen oder zur Masse zu ziehen ist. **RG.** I 29. 1. 02, JW. **02** 185 Nr. 22; ebenso **RG.** I 12. 2. 02, **51** 33.

Der Klagantrag muß entweder auf Zurücknahme des Widerspruchs oder auf Leistung nach Beendigung des Konkurses gerichtet werden. **Schröder**, BuschsZ. **28** 20. Durch den Tod des Gemeinschuldners werden die gegen ihn aufgenommenen Prozesse gemäß § 239 ZPO. wieder unterbrochen. Noch nicht aufgenommene, gemäß § 240 ZPO. unterbrochene Prozesse sind nicht nach der KO., sondern nach § 239 ZPO. wiederaufzunehmen. **Schröder**, ebenda 20.

**§ 145.** Schreibfehler usw., die bei den Eintragungen unterlaufen, können nach § 319 ZPO. berichtigt werden. Der Berichtigungsbeschluß und die Ablehnung der Berichtigung können nach § 73 Abs. 3 KO. mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden. Schellhas, Die Konkurssachen 116.

Die Feststellung zur Tabelle wirkt wie ein rechtskräftiges Urteil gegenüber allen Konkursgläubigern auch außerhalb des Konkurses, insbesondere auch im Verfahren über abgesonderte Befriedigung. **RG.** V 1. 7. 03, **55** 157, R. **03** 556 Nr. 2866, PosMschr. **03** 156.

Nach dem Prüfungstermin ist auf Antrag des Kridars nachträglich in die Tabelle eingetragen, daß er im Prüfungstermin eine Forderung bestritten habe. Dies Verfahren ist aufgehoben. Der Eintrag enthält die gerichtliche Entscheidung, daß die Forderung festgestellt ist. Das Gericht ist daran selbst gebunden (arg. § 318 ZPO., § 72 KO.). Die unrichtige Beurkundung ist jedoch der Anfechtung ausgesetzt. § 319 ZPO. kann hier nicht entsprechend angewendet werden; aber § 320 ZPO. ist gemäß § 72 KO. sinngemäß anwendbar. Es hätte also zunächst mündliche Verhandlung über den Berichtigungsantrag angeordnet werden müssen. OLG. Stuttgart 27. 5. 02, OLG. **5** 217.

**§ 146.** 1. Die Feststellungsklage ist eine Quasipopularklage. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft 486.

Liegt für eine bestrittene Forderung ein vollstreckbarer Schuldtitel vor, so hat zwar der Widersprechende die Aufnahme zu betreiben, aber auch der Gläubiger ist nicht behindert, dies zu tun. Haben mehrere bestritten, so ist der Gläubiger gleichwohl berechtigt, einen anhängigen Prozeß nur gegen den bestreitenden Verwalter, nicht auch gegen die übrigen Bestreitenden aufzunehmen. Auf die Rüge der Ungültigkeit einer während der Unterbrechung vorgenommenen Prozeßhandlung kann der Gegner verzichten. **RG.** IV 17. 3. 02, **51** 95.

Ein Rechtsstreit über eine angemeldete Konkursforderung darf erst nach Abhaltung des Prüfungstermins stattfinden. Daher ist die Feststellungsklage auch nicht in Form der Widerklage gegen eine Klage des Verwalters zulässig. **RG.** I 4. 6. 02, DJZ. **02** 428, JW. **02** 397.

2. Wenn der Verwalter oder ein Konkursgläubiger gegen die Forderung Widerspruch erhebt, so ist der Feststellungsstreit mit dem Gläubiger zufolge der zwischen diesem und dem Kridar vor der Konkurseröffnung getroffenen Vereinbarung im schiedsrichterlichen Verfahren nicht auszutragen. OLG. Braunschweig 4. 4. 02, OLG. **5** 203.

Der nach § 146 Abs. 2 KO. erhobenen Feststellungsklage gegenüber ist der Konkursverwalter nicht berechtigt, die prozeßhindernde Einrede zu erheben, die Entscheidung habe durch Schiedsrichter zu erfolgen (§ 274 Nr. 3 ZPO.). OLG. Breslau 6. 1. 03, R. **03** 46.

Die Feststellungsklage kann auch im Urkundenprozeß erhoben werden. Voigt, Einfluß des Konkurses 193.

Hat der Konkursverwalter eine Forderung bestritten, für die ein vor der Eröffnung im Wechselprozeß ergangenes, vom Gemeinschuldner mit Einspruch angefochtenes Versäumnisurteil vorliegt, so hat er den Widerspruch durch die Aufnahme des Rechtstreits zu verfolgen. Geht der Gläubiger nicht vom Wechselprozesse ab, so kann er die endgültige Entscheidung im Nachverfahren herbeiführen. **RG.** I 22. 2. 02, **50** 412.

Die Ausschließlichkeit des im § 146 bestimmten Gerichtsstandes bezieht sich nur auf die örtliche Zuständigkeit. Es kann wirksam vereinbart werden, daß auch Prozesse, deren Streitgegenstand den Wert von 300 M. übersteigt, bei dem als Konkursgericht zuständigen Amtsgerichte verhandelt werden. LG. Wiesbaden 4. 7. 00, BuschsZ. **29** 247.

3. Die Zuständigkeitsvorschrift in Abs. 2 bezieht sich nicht auf Abs. 3. **RG.** I 21. 6. 02, **52** 55.

Nach Erlaß des Berufungsurteils ist das Konkursverfahren über das Vermögen des Beklagten eröffnet worden; die vom Kläger angemeldete Urteilsforderung ist vom Verwalter bestritten. Die Aufnahme des unterbrochenen Rechtsstreits kann nach § 146 Abs. 3, 6 KO. sowohl durch den Verwalter, als auch durch den anmeldenden Gläubiger erfolgen (**RG. 34** 411). Die Tatsachen, von denen die Zulässigkeit der Aufnahme des Verfahrens abhängt, können auch in der Revisionsinstanz geltend gemacht werden, obgleich sie nicht zum Prozeßstoffe des Berufungsgerichts gehörten (**RG. 11** 401), da sie die Zulässigkeit der eingelegten Revision betreffen. **RG.** 16. 1. 01, **JW. 01** 162.

4. Hat ein Gläubiger seine Forderung zur Konkursmasse in erster Linie als Darlehnsforderung angemeldet und nur erklärend hinzugefügt, daß diese Forderung aus rückständigem Lohne bestehe, den er nicht ausgezahlt bekommen habe, so ist in Gemäßheit des § 146 Abs. 4 eine Darlehnsforderung festzustellen. **RG.** III 12. 3. 01, **JW. 01** 330, 331.

Ist ein „Anspruch aus einem Arrestbefehl“ angemeldet, so ist damit, da der Arrestbefehl einen selbständigen Rechtstitel nicht bedeutet, auf den im Arrestbefehl angegebenen Rechtsgrund der Forderung Bezug genommen. Die Feststellungsklage hat sich auf diesen Rechtsgrund zu stützen. **RG.** VI 23. 4. 03, **54** 311.

5. Nach preußischem Rechte ist der Rechtsweg über eine als Konkursforderung angemeldete direkte Steuer nur insoweit gestattet, als es sich um das bestrittene, vom Steuerberechtigten in Anspruch genommene Vorrecht handelt. Wird hingegen die Steuerforderung als solche, also insbesondere ihre Höhe bestritten, so bildet die Veranlagungsverfügung der zuständigen Steuerbehörde „einen mit der Vollstreckungsklausel versehenen Schuldtitel“, gegen welchen der Widerspruch von dem Widersprechenden zu verfolgen ist, und zwar auf demselben Wege, auf welchem der Gemeinschuldner dies hätte tun müssen, also im Rechtswege regelmäßig nur dann, wenn die Voraussetzungen des Gesetzes vom 24. 5. 61, betr. Erweiterung des Rechtswegs, gegeben sind. Die Rechtslage ist also ziemlich die gleiche wie nach § 234 der alten preuß. KO. vom 8. 5. 55. Adam, PrVerwBl. **24** 472.

Ein Widerspruch gegen angemeldete Fernsprechgebühren ist vom Verwalter zu verfolgen. AG. Chemnitz 19. 10. und 7. 10. 01, BuschsZ. **31** 121.

6. Auch wenn der Gemeinschuldner schon vor der Konkurseröffnung gegen ein Versäumnisurteil Einspruch erhoben hatte, hat der Verwalter den Widerspruch zu verfolgen. Das Versäumnisurteil wird nicht schon durch den Einspruch, sondern erst durch ein aufhebendes Urteil beseitigt. **RG.** I 22. 2. 02, **JW. 02** 186 Nr. 23.

In dem Falle des § 146 Abs. 6 ist die Aufnahme des Verfahrens auch durch den anmeldenden Gläubiger zulässig. **RG.** I 16. 1. 01, **JW. 01** 162.

7. Ist ein Konkursgläubiger nach der Feststellung seiner Forderung befriedigt worden, so ist die Tabelle nicht ohne weiteres zu berichtigen, sondern nötigenfalls gemäß § 767 ZPO. zu klagen. Schellhas, Die Konkurssachen 135.

Entscheidend für die Wirkung der Zurücknahme des Widerspruchs ist nicht der Zeitpunkt der Eintragung zur Tabelle, sondern der Zeitpunkt, zu welchem dem Gläubiger die Erklärung des Konkursverwalters von der Zurücknahme des Widerspruchs zugeht. Sache des Konkursgläubigers ist es, die Berichtigung der Tabelle herbeizuführen (v. Wilmowski, KO. Anm. 10 Abs. 2 zu § 134, jetzt § 146 KO.). OLG. Karlsruhe 24. 10. 03, BadRpr. **03** 339.

**§ 147.** Ist ein anmeldender Gläubiger mit seiner Feststellungsklage gegen einen widersprechenden Gläubiger abgewiesen worden, so kann ihm ein zweiter widersprechender Gläubiger, den er verklagt, das Urteil entgegenhalten. Das ist eine erlaubte exceptio ex jure tertii. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft 338.

**§ 148.** Der Streitwert der Feststellungsprozesse wird durch die Einwerfung von Vermögensstücken Dritter, die zur Ermöglichung eines Zwangsvergleichs geschieht, nicht beeinflußt. OLG. Colmar 1. 4. 03, R. **03** 240 Nr. 1339.

§ 148 findet auch Anwendung auf gegen den Konkursverwalter gerichtete Anfechtungsansprüche. OLG. Jena 11. 12. 02, ThürBl. **03** 203.

**§ 149.** Eine Klage des Konkursgläubigers, dessen Forderung festgestellt ist, gegen den Konkursverwalter auf Auszahlung der Dividende, welche der Verwalter mit Rücksicht auf aufrechenbare Gegenforderungen verweigert, ist unzulässig. OLG. Naumburg 19. 4. 01, NaumbAK. **01** 82.

Der Konkursverwalter hat, falls er die Dividende für die festgestellte, also rechtskräftige Forderung eines Konkursgläubigers mit Rücksicht auf Gegenforderungen verweigert, seine Einwendungen nach § 767 Abs. 2 ZPO. geltend zu machen. Eine solche Klage erübrigt sich freilich dann, wenn der Konkursgläubiger eine negative Feststellungsklage bezüglich der angeblichen Gegenforderung bereits erhoben hat. LG. Halle (ohne Datum), NaumbAK. **01** 82.

Die Befugnis zur Erhebung der Beträge, die bei einer Verteilung auf eine Schuldverschreibung entfallen, steht nach § 19 des ReichsG. betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, vom 4. 12. 99 den Gläubigern auch dann zu, wenn bei der Bestellung des Vertreters gemäß § 14 Abs. 2 des angeführten Gesetzes beschlossen worden ist, daß sie von der selbständigen Geltendmachung ihrer Rechte ausgeschlossen sein sollen. Seuffert, BuschsZ. **27** 120, 123.

Zur Empfangnahme der Dividende ist neben dem Gläubigervertreter nach dem ReichsG., betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, auch der Gläubiger selbst befugt. Diese Befugnis kann nicht ausgeschlossen werden. Die Schuldverschreibung ist vorzulegen. Könige, BuschsZ. **28** 429.

**§ 153.** Die Pfandbriefgläubiger einer Hypothekenbank, die auf die ihnen nach § 35 HypBankG. vom 13. 7. 99 zustehende vorzugsweise Befriedigung verzichtet haben, brauchen diesen Verzicht dem Verwalter nicht besonders nachzuweisen, da dieser ihn kennen muß (s. zu § 64). Den Nachweis des Ausfalls brauchen sie auch nicht zu führen; denn der Verwalter muß auch diesen kennen (s. zu § 4). Seuffert, BuschsZ. **27** 108.

**§ 158.** Zur Einwendung ist nur ein Gläubiger berechtigt, der an der beantragten Änderung ein Vermögensinteresse hat. Schellhas, Die Konkurssachen 142.

**§ 163.** Der Aufhebungsbeschluß wird wirksam mit der Bekanntmachung. Mothes, Die Beschlagnahme 48.

Bei Streitigkeiten, die erst mit oder nach Eröffnung des Konkursverfahrens in der Person des Konkursverwalters selbst entstanden sind, ist der Verwalter trotz der Beendigung des Verfahrens zur Abwickelung dieser Angelegenheiten als Prozeßpartei legitimiert. In Rechtsstreitigkeiten um ein subjektives Recht des Gemeinschuldners, um eine ihm obliegende Pflicht, um Rechtsverhältnisse, in welchen er vor der Eröffnung des Verfahrens aktiv oder passiv stand, hört die Parteirolle des Verwalters mit der Beendigung des Verfahrens auf und fällt dem Schuldner zu. Bunsen, DJZ. **03** 363, 364.

In einen vom Konkursverwalter geführten Prozesse, der bei Beendigung des Konkursverfahrens noch anhängig ist, hat der Gemeinschuldner ohne weiteres einzutreten. Kiehl, BuschsZ. **30** 318, **RG.** 2. 3. 00, ElsLothrJZ. **26** 97.

Auch nach Aufhebung des Verfahrens bleibt der Verwalter zur Führung von Masseprozessen legitimiert. Hellwig, Anspruch und Klagrecht 360.

Nach der Aufhebung des Konkursverfahrens erledigen sich die Anfechtungsklagen in der Hauptsache. Wegen des Kostenpunkts können sie noch entschieden werden. Die Kostenpflicht ist eine bedingte Masseschuld, ihr Träger ist der Gemeinschuldner. Will der Anfechtungsbeklagte eine Entscheidung über die Kosten herbeiführen, so hat er seine Anträge gegen den Gemeinschuldner zu richten. Dieser kann dann seinerseits die Verurteiluug des Gegners in die Kosten begehren. Er kann auch die Initiative ergreifen. **RG.** VII 21. 10. 02, **52** 331; ebenso Lippmann, Iherings J. **41** 132.

Die Aufhebung des Verfahrens hat eine Unterbrechung der die Masse betreffenden Prozesse nicht zur Folge. Der Gemeinschuldner erhält ohne weiteres die Legitimation zur Sache zurück. **RG.** VII 19. 10. 00, **47** 372, SeuffA. **57** 43 Nr. 26.

**§ 164.** § 164 gestattet den nicht befriedigten Konkursgläubigern ganz allgemein, nach der Aufhebung des Konkursverfahrens ihre Forderungen gegen den Schuldner unbeschränkt geltend zu machen, ohne daß dabei unterschieden wird, ob das Schuldverhältnis unberührt durch den Konkurs hindurchgegangen ist oder unter dessen Einwirkung eine teilweise Veränderung seines Inhalts erfahren, insbesondere, ob der ursprüngliche Erfüllungsanspruch sich in einen Interesseanspruch umgewandelt hat. **RG.** V 23. 2. 01, JW. **01** 252, 253.

Hat der Konkursverwalter ein Urteil erwirkt, so bedarf es, wenn die Zwangsvollstreckung für oder gegen den Gemeinschuldner nach der Beendigung des Konkursverfahrens stattfinden soll, keiner besonderen Vollstreckungsklausel. Kiehl, Buschs Z. **30** 318, OLG. Posen 28. 12. 00, PosMschr. **01** 43.

Daraus, daß die Feststellung zur Tabelle nur bejaht, daß die Forderung aus der Masse konkursmäßig befriedigt werden kann, und daß dieses nur verneint wird, wenn in einem Prozesse die Forderung gemäß dem Widerspruch eines Gläubigers oder des Verwalters verneint wird, ergibt sich nach Hellwig, Anspruch 264ff.:

a) daß die Zurückweisung eines Gläubigers nach Beendigung des Konkurses nicht für den Gemeinschuldner wirkt;

b) daß die Zulassung eines Gläubigers zur Beteiligung zwar die Bejahung der Existenz der Forderung bedeutet, aber nur in ihrer Richtung auf Befriedigung aus der Masse. Insofern bedeutet § 164 Ziff. 2 eine Singularität, sofern das Verfahren durch Schlußverteilung beendigt wird, nicht aber für die Beendigung durch Zwangsvergleich oder Einstellung des Verfahrens nach §§ 208ff.

Die von dem nach dem Prüfungstermine verstorbenen Gemeinschuldner bestrittenen Forderungen gelten als von sämtlichen Erben bestritten. Hat einer von mehreren Erben des Gemeinschuldners die Forderung bestritten, so gilt sie als vom Gemeinschuldner bestrittene. Schröder, BuschsZ. **28** 19.

**§ 166.** Zur Vornahme der Nachtragsverteilung kann nötigenfalls ein besonderer Verwalter bestellt werden. Schellhas, Die Konkurssachen 171.

Aus § 166 KO. folgert Hellwig, Anspruch, daß nur der Verwalter befugt ist, aus einem siegreichen Urteile nach stattgehabter Schlußverteilung die Zwangsvollstreckung zu betreiben und daß dem Gemeinschuldner die Vollstreckungsklausel zu versagen wäre. Einen solchen Aktivprozeß hat daher auch der Verwalter fortzusetzen, falls das Verfahren vor seiner Beendigung aufgehoben wird. Das gilt namentlich für Anfechtungsprozesse (260, 265).

**§ 170.** Auf festgestellte Forderungen von Pfandbriefgläubigern, die gemäß § 35 HypBankG. vom 13. 7. 99 bevorrechtigt sind, kann der Verwalter mit Ermächtigung des Konkursgerichts unabhängig von den Verteilungen Zahlung leisten. Seuffert, BuschsZ. **27** 106.

Vorbemerkung: Die rechtliche Natur des Zwangsvergleichs wird immer noch in der Rechtslehre viel erörtert. Es mehren sich insbesondere die Anhänger der Vertragstheorie. — Die Frage nach dem Stimmrechte der Ehefrau im Konkurse der offenen Handelsgesellschaft ist in der Berichtszeit mehrfach behandelt und — man darf sagen mit Recht — verneint worden.

**§ 173.** Der Zwangsvergleich ist ein Vertrag, der unter den allgemeinen Begriff des Vergleichs fällt, sich von diesem aber durch eine Reihe konkursrechtlicher Merkmale unterscheidet. Die Gemeinschaft der Gläubiger bildet eine Vertragspartei; sie ist eine qualifizierte Gemeinschaft, d. h. eine solche, bei der die Beteiligten in der Verfügung über ihre Rechte beschränkt sind. In dem Votum der Mehrheit kommt der Kollektivwille der Gemeinschaft zum Ausdrucke. Alfredo Rocco, Il concordato nel fallimento e prima del fallimento (Turin 1902). Dagegen Kisch, GoldschmidtsZ. **53** 245.

Der Zwangsvergleich ist ein prozessualer Vertrag. Kohler, BuschsZ. **30** 554ff.

Nach dem Tode des Gemeinschuldners können seine Erben einen Zwangsvergleich vorschlagen. Der Vorschlag muß aber wie beim Nachlaßkonkurse von allen Erben ausgehen. Einen von dem Gemeinschuldner vor seinem Tode gemachten Vergleichsvorschlag können die Gläubiger nur annehmen, wenn die Erben ihn aufrecht erhalten. Schröder, BuschsZ. **28** 20ff. Auch Nachlaßpfleger und Testamentsvollstrecker des nach der Eröffnung verstorbenen Gemeinschuldners können einen Zwangsvergleich vorschlagen. Schröder, ebenda 24.

Soweit die Pfandbriefgläubiger einer Hypothekenbank nach § 35 HypBankG. vom 13. 7. 99 zur vorzugsweisen Befriedigung berechtigt sind, nehmen sie an einem Zwangsvergleiche nicht teil. Dies geschieht nur, soweit sie Befriedigung aus der gemeinen Masse suchen. Seuffert, BuschsZ. **27** 106.

Der Zwangsvergleich zur Abwendung des Konkurses ist in Italien geregelt durch das Gesetz vom 24. 5. 03 (la legge sul concordato preventivo e sulla procedura dei piccoli fallimenti). Keyßner, GoldschmidtsZ. **55** 225ff.

**§ 175.** Im Falle des Todes des Gemeinschuldners nach der Eröffnung gilt nach Schröder, BuschsZ. **28** 26ff., folgendes: Hatte der Gemeinschuldner den Offenbarungseid verweigert, ist aber der Erbe bereit, ihn zu leisten, so ist der Vergleich zulässig. Ein Strafverfahren wegen betrüglichen Bankerutts erledigt sich mit dem Tode des Gemeinschuldners. War der Gemeinschuldner bereits bestraft, so können seine Erben gleichwohl einen Zwangsvergleich schließen. Liegt in der Person des Erben einer der Gründe des § 175 vor, so ist der Vergleich unzulässig. Ziff. 1 gilt auch für die Nachlaßvertreter.

**§ 177.** Die vor dem Tode des Gemeinschuldners erfolgte Annehmbarkeitserklärung des Gläubigerausschusses bedarf der Wiederholung, wenn der Erbe den Vorschlag aufrechterhält. Schröder, BuschsZ. **28** 22.

**§ 180.** Jeder der Erben des Gemeinschuldners kann auf Verbindung des Vergleichstermins mit dem allgemeinen Prüfungstermin antragen. Schröder, BuschsZ. **28** 25.

**§ 181.** Die vor Abschluß des Zwangsvergleichs vom Gemeinschuldner gemachte Zusage, die Ausfallquote nachzuzahlen, ist ungültig. Das auf Grund solcher Zusage Geleistete kann zurückgefordert werden. OLG. Dresden 30. 1. 02, SächsA. **12** 751.

**§ 182.** Der Vormund bedarf zur Zustimmung nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (§ 54 ZPO.). Schellhas, Die Konkurssachen 184.

Der gemäß § 14 des ReichsG., betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, vom 4. 12. 99 bestellte Vertreter ist niemals ohne weiteres befugt, für den Zwangsvergleich zu stimmen. Hierzu ist ein ihn besonders ermächtigender Beschluß der Versammlung erforderlich. Seuffert, BuschsZ. **27** 121. Die Pfandbriefgläubiger einer Hypothekenbank nehmen an der Abstimmung über einen Zwangsvergleich nur insoweit teil, als sie aus den registrierten Hypotheken und Wertpapieren oder dem vom Treuhänder verwahrten Gelde keine Deckung erlangen oder auf ihr Vorzugsrecht verzichten. Seuffert ebenda 107.

Jeder der Erben des Gemeinschuldners kann die Wiederholung der Abstimmung verlangen. Schröder ebenda 25.

**§ 183.** Diese Vorschriften finden auch im Konkurse der offenen Handelsgesellschaft Anwendung, nicht aber im Konkurs einer juristischen Person. Durch § 183 sollte die naheliegende Gefahr vermieden werden, daß die Gesamtheit der Gläubiger mit Hilfe des Ehegatten des Gemeinschuldners in dessen Interesse überstimmt und zu einem für sie ungünstigen Vergleiche genötigt werden könnte. Diese Gefahr ist im Gesellschaftskonkurse noch weit drohender als im Einzelkonkurse, da ja die Ehegatten sämtlicher Teilhaber als Gesellschaftsgläubiger mit erheblichen Forderungen in Betracht kommen können. Ausschlaggebend aber ist vor allem die Vorschrift des § 211 Abs. 2 KO., wonach der Zwangsvergleich, soweit er nicht ein anderes festsetzt, zugleich den Umfang der persönlichen Haftung der Gesellschafter begrenzt. Die Gesellschaftsgläubiger haben sich also regelmäßig mit der Vergleichsdividende im Gesellschaftskonkurse zu begnügen, sie können sich wegen des Ausfalls an die Gesellschafter nicht mehr halten. Die gegenteilige Ansicht führt mithin zu dem Ergebnisse, daß die Gläubiger des X. eine Ermäßigung ihrer Forderungen, z. B. um 80 %, im Vergleichswege trotz Überstimmung durch die Ehefrau des X. abzulehnen vermögen, daß dagegen die Gläubiger der Handelsgesellschaft Z., die aus X. und Y. besteht, zu einem solchen Erlasse durch die Zustimmung der gegen die Gesellschaft Z. forderungsberechtigten Ehefrau des X. genötigt werden können, obwohl sie dem X. allein niemals Kredit gewährt hätten. Der Gesellschaftsgläubiger, der zwei oder mehrere Schuldner hat, soll also ungünstiger gestellt sein als der Gläubiger eines einzelnen Schuldners. Bendix, R. **04** 260; vgl. Meyer, DJZ. **02** 342.

Im Konkurse der offenen Handelsgesellschaft ist der Ehegatte bei der Berechnung der zustimmenden Mehrheit außer Betracht zu lassen. LG. Insterburg 6. 7. 03, R. **03** 530 Nr. 2719, PosMschr. **03** 132.

Nach dem Tode des Gemeinschuldners bleiben sein Ehegatte, nicht aber die Ehegatten der Erben außer Betracht. Schröder, BuschsZ. **28** 26.

**§ 184.** Ist der Vorschlag vor dem Tode des Gemeinschuldners angenommen worden, so kann er nach seinem Tode noch bestätigt werden. Schröder, BuschsZ. **28** 22.

**§ 187.** § 187 ist auf die Erben des Gemeinschuldners entsprechend anzuwenden. Schröder, BuschsZ. **28** 28.

**§ 189.** Jeder der Erben des Gemeinschuldners ist zur Einlegung der Beschwerde befugt. Schröder, BuschsZ. **28** 26.

Im Verfahren, betr. die Beschwerde über Bestätigung oder Verwerfung des Zwangsvergleichs, ist ein Gegner im Sinne von § 45 GKG. nicht vorhanden. Bei Beachtung der Beschwerde sind daher Gebühren nicht zu erheben. Liertz, ZVollstrR. **15** 90.

**§ 190.** Die Aufhebung des Verfahrens berechtigt den Prozeßbevollmächtigten des Konkursverwalters nicht, die Aussetzung eines Prozesses zu verlangen. RG. I 22. 11. 02, Gruchots Beitr. **48** 120.

**§ 191.** Soll auf Grund Zwangsvergleichs die Masse unter die Gläubiger verteilt werden, so liegt gegenständlich beschränkte Haftung des Gemeinschuldners ohne dingliche Sicherung der Gläubiger vor. Siber, Rechtszwang 193 f., 200, 222, 228.

Im Falle eines Zwangsvergleichs hat der Verwalter die Pfandbriefgläubiger, die nach § 35 HypBankG. vom 13. 7. 99 vorzugsweise Befriedigung beansprucht haben, zu befriedigen oder sicherzustellen. Seuffert, BuschsZ. **27** 107.

**§ 192.** Bei Beendigung des Konkurses durch Zwangsvergleich erhält der Gemeinschuldner auch die in die Masse gegebenen Anfechtungsgegenstände zur freien Verfügung zurück. Noch nicht durchgeführte Anfechtungsansprüche erledigen sich; sie sind nicht abtretbar. Lippmann, Iherings J. **41** 132, 133.

Mit der Aufhebung des Konkurses bzw. der Veröffentlichung derselben nach bestätigtem Zwangsvergleiche tritt der Gemeinschuldner in den schwebenden Prozeß ohne weitere Anzeige oder Aufnahme ein, während der Konkursverwalter die Vertretungsbefugnis verliert. § 191 KO. kann insbesondere bei Masseforderungen nicht dazu führen, eine Vertretungsbefugnis des Verwalters über jenen Zeitpunkt hinaus zu begründen. RG. 2. 3. 00, ElsLothrJZ. **26** 97.

Mit der Aufhebung des Verfahrens tritt keine Unterbrechung der Masseprozesse ein. Der Gemeinschuldner tritt ohne weiteres in den Prozeß ein. RG. 19. 10. 00, **47** 372, SeuffA. **57** 43 Nr. 26. Dagegen:

Soweit der Zwangsvergleich nicht ein anderes bestimmt, bleibt auch der Konkursverwalter zur Fortführung der bezüglichen Prozesse legitimiert. OLG. Posen 4. 6. 01, PosMschr. **01** 107.

Die dem Konkursverwalter erteilte Vollstreckungsklausel für das von ihm erstrittene Urteil ist nach Aufhebung des Konkursverfahrens nicht auf den Namen des bisherigen Gemeinschuldners umzuschreiben. OLG. Posen 28. 12. 00, Pos. Mschr. **01** 43.

**§ 193.** Soweit im Zwangsvergleich ein Schulderlaß liegt, bleibt eine Naturalobligation bestehen. Schellhas, Die Konkurssachen 218.

Ein im Ausland abgeschlossener Zwangsvergleich wirkt nicht im Inlande. RG. II 11. 7. 02, **52** 155.

Die vor Abschluß des Zwangsvergleichs vom Gemeinschuldner gemachte Zusage, die Ausfallquote nachzuzahlen, ist ungültig. Das auf Grund solcher Zusage Geleistete kann zurückgefordert werden. OLG. Dresden 30. 1. 02, Sächs. A. **12** 751.

Die Gebühren- und Auslagenforderungen des Rechtsanwalts werden vom Zwangsvergleich ergriffen, wenn sie schon vor der Eröffnung entstanden waren. Dies gilt auch dann, wenn noch nach der Aufhebung des Verfahrens eine gebührenpflichtige Tätigkeit entwickelt worden ist. OLG. Zweibrücken 25. 3. 03, R. **03** 581 Nr. 3008.

Ein Gläubiger, der seine Forderung im Konkurse nicht geltend gemacht hat, ist befugt, damit in voller Höhe gegen eine aus der Zeit vor dem Konkurse herrührende Forderung des Gemeinschuldners aufzurechnen, auch wenn vor der Erklärung der Aufrechnung ein Zwangsvergleich geschlossen wurde, der den nichtbevorrechtigten Gläubigern nur 10 v. H. ihrer Forderungen gewährt. OLG. Bamberg 13. 6. 03, SeuffA. **58** 429.

Die Haftung der Erben aus einem vom Erblasser geschlossenen Zwangsvergleiche bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Schröder, Buschs Z. **28** 22.

Nach Aufhebung des Konkurses können die Konkursgläubiger ihre Forderungen gegen den Gemeinschuldner unbeschränkt geltend machen, ohne daß dabei unterschieden wird, ob das Schuldverhältnis unberührt durch den Konkurs hindurchgegangen ist oder unter dessen Einwirkung — §§ 17 ff. — eine teilweise Veränderung seines Inhalts erfahren, insbesondere ob der ursprüngliche Erfüllungsanspruch sich in einen Interessenanspruch verwandelt hat. § 193 KO. gibt eine quantitative, nicht eine qualitative Beschränkung des Anspruchs. **RG.** 23. 2. 01, JW. **01** 252 Nr. 11.

**§ 196.** „Geltendmachen" ist nur in dem gewöhnlichen Sinne von „Vorbringen", „Anführen" zu verstehen, ohne Hinzutritt von Beweis oder Glaubhaftmachung. **RG.** VII 27. 3. 03, JW. **03** 182.

**§ 197.** Wird der Erbe wegen betrüglichen Bankerutts verurteilt, so wird für alle Gläubiger der Erlaß aufgehoben. Schröder, BuschsZ. **28** 28.

**§ 198.** Kommt es zur Wiederaufnahme des nach dem Tode des Gemeinschuldners beendigten Verfahrens, so wird der wiederaufgenommene Konkurs zum Nachlaßkonkurse. Schröder, BuschsZ. 28 29.

**§ 202.** Hat der während des Verfahrens gestorbene Gemeinschuldner mehrere Erben, so können diese auf Einstellung des Verfahrens nur gemeinsam antragen. Schröder, BuschsZ. **28** 14.

Die bei der Beendigung des Konkursverfahrens noch schwebenden Anfechtungsprozesse werden gegenstandslos. Lippmann, JheringsJ. **41** 132.

**§ 205.** Mit der Bekanntmachung wird der Einstellungsbeschluß wirksam. Gleichzeitig endet die Konkursverstrickung. Mothes, Die Beschlagnahme 48.

**§ 208.** Der Konkursverwalter ist allein legitimiert, die der Gesellschaft gegen Vorstand und Aufsichtsrat zustehenden Rechte im Falle eines Konkurses geltend zu machen. Sievers, DJZ. **03** 85 ff.

Der Konkursverwalter ist zwar befugt, den Schadensersatzanspruch gegen Vorstand und Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft geltend zu machen, hat aber das Erlangte als rechtlose Bereicherung an die Aktionäre herauszugeben. Burckas, Aktionär und Gläubiger im Konkurse der Aktiengesellschaft 69.

**§ 209.** 1. Die Feststellung im Konkurse der offenen Handelsgesellschaft steht einem Urteile gleich, welches gegen die in gesamter Hand verbundenen Gesellschafter ergangen ist, denn durch die Eröffnung des Konkurses wird an der gesamthandrechtlichen Verbundenheit der einzelnen Gesellschafter nichts geändert; nur die gegenseitige Prokura der Gesellschafter hat ihr Ende erreicht. Während der Antrag auf Konkurseröffnung, da diese noch nicht erfolgt ist, von jedem Gesellschafter kraft der ihm nach § 114 Abs. 1 HGB. zustehenden, auf Grund des § 210 Abs. 1 KO. der Ausnahmevorschrift des § 114 Abs. 2 HGB. nicht unterliegenden Vertretungsmacht gestellt werden kann (dies gegen die „literar. Mitteilungen" in Hirths Ann. **01** 226), sind nach der Eröffnung die Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners im Gesellschaftskonkurse von allen Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit wahrzunehmen. Dementsprechend ist das Bestreitungsrecht von sämtlichen Gesellschaftern, und zwar zusammen und einhellig, auszuüben; der Widerspruch eines einzelnen Gesellschafters ist wirkungslos. (Hiergegen Nöldeke, BuschsZ. 28 355 und im Kommentar.) Die Feststellung im Konkurse der offenen Handelsgesellschaft wirkt insofern auch gegen die einzelnen Gesellschafter, als gegen diese mit einer Klage aus der Feststellung vorgegangen werden kann. Burchardt, Feststellung im Konkurse der offenen Handelsgesellschaft 65 ff., 81 ff. Vgl. auch JDR. **2** HGB. § 144 Ziff. 3c.

Gemeinschuldner in dem Konkurse über das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft ist die Gesellschaft; nur gegen sie ist aus der Feststellung zur Tabelle Vollstreckung möglich (§ 129 Abs. 4); die Feststellung bildet einen Vollstreckungs-

titel, wenn die zur Vertretung der Gesellschaft als der Gemeinschaft legitimierten Organe nicht widersprochen haben (§ 164 Abs. 2 KO.). Die Erklärung eines einzelnen Gesellschafters genügt nicht. Hellwig, Anspruch 288. S. a. IDR. 2 HGB. § 144 Ziff. 3 b.

2. Der Konkursverwalter ist berechtigt, die rückständige Einlage des Kommanditisten einzufordern (§ 171 HGB.). Die Klage kann am Sitze der Gesellschaft erhoben werden. RG. VII 3. 4. 00, **46** 352, JW. **00** 414, HoldheimsMschr. 9 23, s. a. IDR. 2 HGB. §§ 171, 172 Ziff. 4 a.

Im Konkurse über das Vermögen einer Kommanditgesellschaft hat der Verwalter die Kommanditeinlage einzufordern, soweit diese von Gläubigern in Anspruch genommen werden kann. Gegenüber der Klage des Verwalters können sich die Kommanditisten nicht auf die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags berufen, soweit sich Gläubiger auf die Handelsregistereintragung berufen können. Sie können aber die Zahlung der Einlage insoweit verweigern, als sie nicht zur Deckung von Gesellschaftsschulden erforderlich ist. Für die letztere Frage ist die tabellenmäßige Feststellung allein nicht entscheidend. RG. I 12. 2. 02, **51** 33. S. diese Entscheidung und die anderen Fundstellen a. IDR. 2 HGB. §§ 171, 172 Ziff. 4 b, c.

**§ 211.** Über das Stimmrecht der Ehefrau des Handelsgesellschafters s. § 183.

**§ 212.** Auch von ausgeschiedenen Gesellschaftern können Gesellschaftsgläubiger Befriedigung aus dem Privatvermögen nur in Höhe des Ausfalls verlangen. Der Ausfall kann nicht vor der Beendigung des Gesellschaftskonkurses festgestellt werden. Die früher erhobene Klage wird abgewiesen. Nach dem alten Rechte trat im Falle des Gesellschaftskonkurses die Beschränkung der Haftung auch dann ein, wenn nicht Konkurs zum Privatvermögen eröffnet wurde (HGB. Art. 122). Dies gilt fürderhin bei Schuldverhältnissen, die vor dem 1. 1. 00 entstanden sind, ohne Rücksicht darauf, ob das Konkursverfahren später eröffnet worden ist. RG. VI 13. 1. 02, JW. **02** 186 Nr. 26.

**§ 213.** Aus § 213 folgert Hellwig, Anspruch 200 Note 7 (s. auch 273 Note 24) die Unmöglichkeit des Konkurses gegen die bürgerliche Gesellschaft (BGB. §§ 705 ff.) als solche.

Literatur: Kreß, Erbengemeinschaft 160 ff.

**§ 214.** Stirbt ein Gemeinschuldner während des Verfahrens, so kann über den Nachlaß, soweit er nicht zur Masse gehört, ein besonderes Nachlaßkonkursverfahren eröffnet werden. Schröder, BuschsZ. 28 12. Das Recht der Gläubiger wird durch den Tod des Gemeinschuldners nicht berührt. Das Verfahren geht als ein Konkurs über das Vermögen des verstorbenen Gemeinschuldners nach den allgemeinen Regeln weiter. Schröder, ebenda 6. Für den Erben des während des Verfahrens gestorbenen Gemeinschuldners gelten nicht die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen, die z. B. das Wahlgesetz für den Reichstag § 3 Nr. 2 oder das GVG. § 31 Nr. 3 an die Konkurseröffnung knüpft. Schröder, ebenda 17.

Der Nachlaßpfleger gilt im Nachlaßkonkursverfahren als Gemeinschuldner. Schellhas, Die Konkurssachen 231.

**§ 215.** Der Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses kann eine Annahme der Erbschaft bedeuten. LG. Leipzig 15. 1. 02, CBlFrG. 2 126.

Wird erst nach der Eröffnung des Nachlaßkonkurses ein Nachlaßpfleger (§ 1960 BGB.) bestellt, so darf sich der Konkursverwalter darüber nicht beschweren. Ein Beschwerderecht folgt auch nicht aus § 224 Ziff. 4. OLG. Hamburg 12. 11. 02, OLG. **5** 436, CBlFrG. **2** 507, KGJ. **25** A 333.

**§ 224.** Ist der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung gestorben, so sind die im § 224 bezeichneten Forderungen weder Konkursforderungen, noch Masseschulden. Dies gilt insbesondere für die Beerdigungskosten, sie können aber als letzte Alimentation gewährt werden. Schröder, BuschsZ. **28** 38.

**§ 225.** Ist der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens gestorben, so kann sein Erbe die ihm gegen den Erblasser zustehenden Ansprüche geltend machen. § 225 Abs. 1 ist insoweit entsprechend anzuwenden. Schröder, BuschsZ. **28** 35.

Die Vorschrift des § 225 Abs. 2, daß der Erbe „an die Stelle des Gläubigers tritt", bedeutet eine Übertragung der Forderung kraft Gesetzes im Sinne des § 412 BGB. **RG.** V 1. 7. 03, **55** 160, PosMSchr. **03** 156 f., R. **03** 556 Nr. 2867; Jäger, KO. Anm. 3 zu § 225; Sarwey-Bossert Anm. 2 zu § 225; a. M. Petersen-Kleinfeller Anm. 5 zu § 225.

**§ 230.** Abs. 1 ist im Falle des Todes eines Gemeinschuldners entsprechend anzuwenden. Schröder, BuschsZ. **28** 23.

**§ 232.** Abs. 1 ist auf den Fall entsprechend anzuwenden, wo der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung stirbt. Schröder, BuschsZ. **28** 39.

**§ 234.** Die Vorschrift ist entsprechend anzuwenden, wenn ein Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung verstorben ist und danach sein Erbe in Konkurs verfällt. Schröder, BuschsZ. **28** 40.

**§§ 237, 238.** 1. Der Grundsatz der Universalität der Wirkungen des Konkurseröffnungsbeschlusses ist weder selbstverständlich noch durch die KO. anerkannt. Die Durchführung dieses Grundsatzes könnte nur im Wege internationaler Verträge erfolgen und würde auch auf diesem Wege große Schwierigkeiten zu überwinden haben. Kleinfeller, BöhmsZ. **13** 549 ff.

2. a) Nach einer Bekanntmachung des badischen Ministeriums vom 29. 7. 02 ist der Staatsvertrag zwischen Baden und der schweizerischen Eidgenossenschaft, die Gleichstellung der beiderseitigen Staatsbürger in Konkursfällen betr., mit Wirkung vom 1. 1. 03 ab aufgehoben worden. Die bisherige Ausnahme von § 237 Abs. 1 ist somit beseitigt. BöhmsZ. **13** 489; vgl. DJZ. **03** 476.

b) Nach dem Staatsvertrage zwischen Preußen und Österreich (bekannt gemacht in Österreich mit dem Hofdekrete vom 7. 5. 45) ist bewegliches Vermögen an das Konkursgericht des anderen Staates selbst dann auszufolgen, wenn es bereits mit Arrest belegt ist oder Pfand- und Retentionsrechte darauf haften. OGH. 29. 4. 03, BöhmsZ. **13** 457.

3. a) In das ausländische Vermögen des Gemeinschuldners können Konkursgläubiger die Zwangsvollstreckung betreiben. Das Beigetriebene brauchen sie nicht zur Masse herauszugeben. **RG.** I 28. 3. 03, **54** 193, BöhmsZ. **13** 431, JW. **03** 182.

b) Die Eröffnung des Konkurses im Auslande über das Vermögen eines Beklagten hat eine Unterbrechung des Prozeßverfahrens nicht zur Folge. Dagegen unterbricht die ausländische Konkurseröffnung solche Prozesse, in denen der Gemeinschuldner Kläger ist. Voigt, Der Einfluß des Konkurses auf die schwebenden Prozesse des Gemeinschuldners (Leipzig 1903) 40—43.

c) Der ausländische Zwangsvergleich hat den Untergang der Forderung des inländischen Gläubigers über die Akkordrate hinaus nicht zur Folge. Es ist auch aus der Zustimmung eines inländischen Gläubigers zu einem Konkordate, das in einem Falliment in Frankreich zustande kommt, nicht ein Verzicht auf die Forderung zu folgern. **RG.** II 11. 7. 02, **52** 155.

4. a) Auf Grund eines in einem schweizerischen Konkurse für eine in diesem anerkannte Forderung ausgestellten Verlustscheins findet nach dem schweizerischen Bundesgesetze vom 11. 4. 89 über Schuldbetreibung und Konkurs nur die provisorische Rechtsöffnung statt. Der Schuldner kann binnen bestimmter Frist in

diesem Falle auf Aberkennung der Forderung klagen. Sonach ist das Erfordernis der formellen Rechtskraft im Sinne von § 722 Abs. 2 ZPO. nicht erfüllt, die Zwangsvollstreckung in Deutschland also zu versagen. OLG. Karlsruhe 21. 1. 03, DJZ. **03** 528, BöhmsZ. **13** 597.

b) Art. 17 des Abkommens zur Regelung von Fragen des internationalen Privatrechts vom 14. 11. 96 (RGBl. **99** 285) erfordert nicht, daß die in einem Vertragsstaat erfolgte Konkurseröffnung in dem anderen in Ansehung der Fortdauer einer Personalhaft berücksichtigt werde. Kleinfeller, BöhmsZ. **13** 4 ff.

c) Nach Art. 546 C. d. pr. c. und Art. 2123 C. c. sind die von ausländischen Gerichten erlassenen Entscheidungen nur dann in Frankreich wirksam, wenn sie von einem französischen Gerichte für vollstreckbar erklärt worden sind. Die auf Konkurseröffnung lautenden Entscheidungen entziehen sich dieser Regel nicht. Tribunal civil de la Seine 2. 4. 03, BöhmsZ. **14** 99; Heinsheimer, Zeitschr. f. franz. Zivilr. **34** 691.

d) Nach Art. 717 des rumänischen Handelsgesetzbuchs verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, sein Vermögen, auch das nach der Eröffnung erworbene, zu verwalten. Der Masseverwalter wird von der Verkündung des Eröffnungsurteils ab Vermögensverwalter und Prozeßpartei. Schäfer, Das rumänische Konkursrecht (Dresden 1904) 38.

e) Die Konkurseröffnung durch ein nichtrussisches Gericht entzieht dem Gemeinschuldner in Rußland nicht die Prozeß- und Vertragsfähigkeit. Klibanski, BöhmsZ. **14** 56.

Die Konkurseröffnung in Rußland macht den russischen Gemeinschuldner nicht nur unfähig, über sein Vermögen zu verfügen, sondern bewirkt überhaupt allgemeine Geschäftsunfähigkeit des Gemeinschuldners; in allen sein Vermögen betreffenden Angelegenheiten vertritt ihn der Masseverwalter, und nach deren Konstituierung, die Konkursverwaltung. (Nach einer Rechtsauskunft der kaiserlichen Botschaft in St. Petersburg vom 25. 11. 04 an das LG. Leipzig in Sachen 6 H Ar 15/04.)

**§ 239.** Der Erbe des Gemeinschuldners kann die Konkursverbrechen begehen. Schröder, BuschsZ. **28** 27.

Alle Deliktshandlungen, deren Strafbarkeit erst durch das Hinzukommen der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung begründet wird, bilden eine Handlungseinheit, insbesondere ist auch beim Zusammentreffen von Bankerottvergehen mit Zuwiderhandlungen gegen § 11 des Ges. v. 5. 7. 96 nicht Realkonkurrenz anzunehmen. RG. 27. 3. 01, JW. **01** 505 Nr. 5.

Ein Minderjähriger, der ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ein Erwerbsgeschäft betreibt, ist unfähig zur Begehung des Bankeruttdelikts. RG. Strafs. **36** 357.

**§ 240.** Verluste aus Börsengeschäften können niemals die Grundlage eines einfachen Bankerotts bilden. Jacobson, DJZ. **03** 520; vgl. Kleinfeller, HoldheimsMSchr. **03** 57.

**§ 241.** Hat der Schuldner für den zu begünstigenden Gläubiger eine Briefhypothek eintragen lassen, ist aber der Brief diesem noch nicht ausgehändigt worden, so kann eine Bestrafung nicht eintreten, weil das Vergehen noch nicht vollendet, der Versuch aber nicht strafbar ist. RG. IV 19. 2. 01, DJZ. **01** 388, JW. **01** 506 Nr. 7.

**§ 244.** Da die Nachlaßvertreter nicht besonders genannt sind, können gegen sie die Strafvorschriften der §§ 239—241 nicht angewendet werden. Schröder, BuschsZ. **28** 28.

# Einführungsgesetz zu dem Gesetze betr. Abänderungen der Konkursordnung.

Vom 17. Mai 1898.

**Art. V.** Diese Vorschrift bezieht sich nicht nur auf das formelle, sondern auch auf das materielle Konkursrecht. **RG.** III 16. 12. 01, **53** 190.

Für einen am 1. 1. 00 anhängigen Konkurs ist die Frage, welche Vermögensstücke als Konkursmasse vom Konkursverfahren ergriffen werden, und welche Gegenstände zur abgesonderten Befriedigung von Gläubigern des Gemeinschuldners zu dienen haben, nach dem bisherigen Rechte zu beurteilen. OLG. Dresden 26. 1. 01, SächsA. **11** 265.

Ein vor dem Inkrafttreten der Konkursnovelle eröffnetes Konkursverfahren ist nach den Vorschriften des bisherigen formellen und materiellen Konkursrechts zu erledigen. Nichtsdestoweniger gehört der Nießbrauch, welcher dem Gemeinschuldner eines über den 1. 1. 00 hinausgehenden Konkursverfahrens an dem Vermögen seiner Kinder zusteht, vom 1. 1. 00 ab nicht mehr zur Konkursmasse, und der Konkursverwalter verliert auch mit diesem Zeitpunkte das Recht zur Verwaltung der Kindergrundstücke und auf Einziehung der Mieten, weil zufolge Art. 203 EGBGB. die Vorschriften der §§ 1647, 1656, 1658 BGB. schon mit dem 1. 1. 00 in Kraft getreten sind und die Nichtzugehörigkeit der nach den Vorschriften des BGB. zu beurteilenden väterlichen Nutznießung am Kindesvermögen zur Konkursmasse des Vaters aus § 862 ZPO. in Verbindung mit § 1 Abs. 1 KO. folgt; diese Vorschriften beruhen auf öffentlich-rechtlichem Interesse und hindern die Fortgeltung des § 1 Abs. 2 der alten KO. **RG.** IV 20. 5. 01, **48** 192, JW. **01** 491, DJZ. **01** 460; ebenso OLG. Dresden 29. 12. 00, SeuffA. **56** 339 Nr. 192; vgl. **RG. 17** 41.

Als Ehegattin des Bruders gilt nach Art. 33 EGBGB., § 1590 Abs. 2 BGB. auch die Witwe des Bruders. OLG. Breslau 30. 10. 03, R. **03** 609 Nr. 3153.

In einem vor dem 1. 1. 00 eröffneten Konkurse wird das Anfechtungsrecht dermaßen vernichtet, daß auch keine Einrede darauf gestützt werden kann. **RG.** VII 15. 5. 03, JW. **03** 293, R. **03** 433 Nr. 2326.

---

# Anfechtungsgesetz.

Vorbemerkung: Auf den Streit über das Wesen der Anfechtung ist schon in der Vorbemerkung zu den §§ 29 ff. KO. hingewiesen worden. Die zur KO. angeführten Abhandlungen schlagen auch hier ein. Darum war hier nur weniges nachzutragen. Einige bedeutsame höchstrichterliche Entscheidungen sind aber gerade zum Anfechtungsges. ergangen. Diese waren hier und nicht dort anzuführen. — Die Rechtsprechung hatte sich auch mit der Zulässigkeit einer Anfechtung nichtiger Geschäfte zu befassen. Das Reichsgericht hat sich für ihre Zulässigkeit entschieden. Diese Entscheidung der Streitfrage ist nur zu billigen. Denn durch Scheingeschäfte insbesondere können dem Befriedigung suchenden Gläubiger äußere Hindernisse in den Weg gelegt werden, die sich auf andere Weise als durch eine paulianische Klage kaum beseitigen lassen. Dies zeigt sich besonders deutlich auf dem Gebiete des Grundbuchrechts, worauf sich denn auch jene Reichsgerichtsentscheidung bezieht. Übrigens muß auch hier (wie oben zu den §§ 29 ff. KO.) zur Ergänzung, insbesondere des § 1, auf das reichhaltige Material zu den §§ 142, 143 BGB. in JDR. **1** u. **2** bezug genommen und seine Heranziehung empfohlen werden.

Literatur: Bernhardi, Ges. betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens v. 21. 7. 79. — Brand, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger. — Linsmayer, Grund und Umfang der Haftung wegen Gläubigerbenachteiligung. — Luks, Das AnfG. v. 21. 7. 79. — Merzbacher, Ges. betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens. — Müller, Das Anfechtungsrecht innerhalb und außerhalb des Konkurses mit Beziehung auf die Anfechtungslehre des BGB. — Zu vgl. Mandry-Geib, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze und der Anhang zu den Bearbeitungen der KO. von Wolf, Rintelen usw.

**§ 1.** 1. Hellwig, Anspruch. Das Anfechtungsrecht ist ein Annex der Forderung, deren Realisierung es herbeizuführen bestimmt ist. Deshalb ist nicht nur bei Mehrheit der Gläubiger, sondern auch bei Mehrheit der einem Gläubiger zustehenden Forderungen für jede von diesen ein besonderes Anfechtungsrecht begründet (81). Wird derselbe Gläubiger wegen derselben Forderung durch eine Handlung verletzt, deren Anfechtbarkeit aus mehreren Bestimmungen des Gesetzes abgeleitet werden kann, so sind konkurrierende Anfechtungsrechte nicht anzunehmen (82 ff.). Denn die Rechtsfolge ist eine einheitliche: die Handlung unwirksam zu machen. Deshalb erlöschen sämtliche Anfechtungsrechte, wenn die Ausübung eines von ihnen die zu fordernde Rechtswirkung herbeigeführt hat (84). Von dem Anfechtungsrechte zu unterscheiden ist der Anfechtungsanspruch, der durch Ausübung des Anfechtungsrechts entsteht (83).

Das Anfechtungsrecht beruht nicht auf einer erlaubten Handlung. Hartmann-Meikel 19—28.

Die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner durch bloße Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner ist vom Gesetze nicht zugelassen. Die Anfechtungsfrist wird durch Zustellung eines Schriftsatzes gewahrt; der Vortrag in der mündlichen Verhandlung ist nicht erforderlich. **RG.** V 22. 10. 02, **52** 335, PosMschr. **03** 1, SeuffA. **58** 398.

Die Anfechtung kann nur durch Erklärung innerhalb eines Prozeßverfahrens (Klage, Einrede) erfolgen; doch genügt Zustellung eines die Anfechtung enthaltenden vorbereitenden Schriftsatzes jedenfalls zur Fristwahrung, dagegen nicht sonstige Erklärung nach § 143 BGB. **RG.** V 24. 9. 02, **52** 334, JW. **03** Beil. 4.

2. Eine Handlung, die unter dieses Gesetz fällt, kann gleichzeitig, wenn sie zum Schein abgeschlossen ist, von Anfang an nichtig sein, in welchem Falle sie nicht mehr angefochten zu werden braucht; oder sie kann auch gleichzeitig eine unerlaubte oder gar strafbare Handlung sein. In letzterem Falle hat der Gläubiger die Wahl, ob er wegen der unerlaubten Handlung auf Schadensersatz oder aus dem Anfechtungsgesetz auf Rückgewähr klagen will. Nicht immer wird bei dem Anfechtungsbeklagten eine unerlaubte Handlung vorliegen, und man kann deshalb die Klagen aus dem Anfechtungsgesetze, auch aus § 3 Ziff. 1 u. 2, nicht ohne weiteres als Deliktsklagen bezeichnen. Gesetzlicher Grund der Anfechtung gegenüber dem Dritten ist nicht dessen Beteiligung an der Rechtshandlung des Schuldners, sondern seine Kenntnis von der Benachteiligungsabsicht des Schuldners. Eine bloße Kenntnis kann niemals eine unerlaubte Handlung sein. Bernhardi, Einleitung.

Auch eine simulierte Auflassung kann angefochten werden. Durch die auf Grund derselben erfolgende Eintragung wird das Grundstück dem Zugriffe der Gläubiger entzogen. Diese sind daher benachteiligt. **RG.** VII 14. 1. 02, JW. **02** 175 Nr. 44.

3. Mit der Anfechtbarkeit und der durchgeführten Anfechtung einer Rechtshandlung ist nicht deren Nichtigkeit gegeben, sondern nur relative Unwirksamkeit. **RG.** VII 29. 1. 01, 28. 2. 02, JW. **01** 163, **02** 221.

4. Der Streitwert der Anfechtungsklage entspricht dem Werte, der durch die anfechtbare Rechtshandlung dem Zugriffe der Gläubiger entzogen worden ist. Bei der Anfechtung einer Grundstücksveräußerung ist also nicht der Wert des Grundstücks maßgebend; es sind vielmehr davon die daraufhaftenden Hypotheken abzuziehen. **RG.** VII 23. 10. 00, **47** 375.

5. Für die Anfechtungsklage ist ein besonderer örtlicher Gerichtsstand nicht gegeben. Hartmann-Meikel 41—44.

Der sachliche Gerichtsstand bestimmt sich nach dem Umfange des Interesses, in dem die Rückgewähr beansprucht wird, also nach dem Betrage der Forderung des Anfechtenden; jedoch entscheidet der Wert des zurückzugewährenden Gegenstandes, wenn er geringer ist. **RG. 47** 375. Hartmann-Meikel 49.

6. Bei Statutenkollision ist das Recht am Wohnsitze des Schuldners maßgebend. Kleinfeller, BöhmsZ. **13** 564 ff., Hartmann-Meikel 45 ff.

**§ 2.** „Gläubiger" ist der Vollstreckungsberechtigte, ihn legitimiert schlechthin und ausschließlich der Besitz eines vollstreckbaren Schuldtitels. Es handelt sich hier keineswegs um Erstreckung der Rechtskraft auf den Anfechtungsgegner, sondern um eine Wirkung, welche der Vollstreckungstitel hat. Der Anfechtungsgegner kann daher einwenden, daß der Anfechtende durch den Gebrauch des ihm zustehenden Anfechtungsrechts arglistig handelt, daß der Anfechtende im Einverständnisse mit dem Beklagten gehandelt hat, um einen Schuldtitel wegen einer nicht existierenden Schuld zu erlangen und dadurch den Anfechtungsgegner zu schädigen. Hellwig, Rechtskraft 89 ff.

Alle Einwendungen gegen das Bestehen des Rechtes des Gläubigers auf Befriedigung sind aus dem Rechte des Anfechtungsbeklagten entnommen und müssen deshalb auch dem Kläger entgegengehalten werden können. Daß das Gesetz den Schuldtitel verlangt, ist zugunsten des Anfechtungsgegners geschehen, es wird ihm aber dadurch nicht die Möglichkeit genommen, das Bestehen des Befriedigungsrechts und also auch die Forderung selbst trotz des (ihn nicht bindenden) vollstreckbaren Titels zu bestreiten. Bernhardi.

Es genügt, wenn der vollstreckbare Titel erst während des Prozesses erlangt wird. **RG. 41** 87.

Dem Anfechtungsgegner steht zwar der Nachweis offen, daß der Schuldner trotz fruchtlos versuchter Zwangsvollstreckung pfändbare Wertobjekte, aus denen der Kläger Befriedigung suchen könne, besitze. Hat aber der Schuldner angeblich vorhandene Geldmittel dauernd der versuchten Zwangsvollstreckung zu entziehen gewußt, auch dem Gerichtsvollzieher erklärt, daß er zur Zahlung außerstande sei, so sind bereite Zahlungsmittel, auf welche der Anfechtungsbeklagte den Kläger verweisen könnte, nicht vorhanden. OLG. Marienwerder 22. 5. 00, PosMschr. **00** 115.

Ein während der Ehe eingegangener Ehevertrag kann von dem Gläubiger, dessen Forderung erst nach der Registrierung des Ehevertrags (§ 1435 BGB.) entstanden ist, nicht angefochten werden. Die Ausdehnung des Anfechtungsrechts auf künftige Gläubiger greift gegenüber den Eheverträgen nicht Platz. OLG. Karlsruhe 26. 3. 03, R. **03** 186 Nr. 1066.

Die Annahme einer Benachteiligung des anfechtenden Gläubigers ist nicht ausgeschlossen, wenn der Anfechtende erst nach Abschluß des angefochtenen Vertrags Gläubiger wurde. Eine Benachteiligungsabsicht ist auch gegenüber einem nur eingebildeten Gläubiger möglich. OLG. Marienwerder 7. 5. 03, PosMschr. **03** 128, 129.

**§ 3.** I. Die Anfechtung der Übertragung eines Geschäfts als solchen allein ist unstatthaft; der Geschäftsbetrieb an sich ist kein Vermögenswert, auf den die

Gläubiger zu ihrer Befriedigung hätten greifen können. OLG. Karlsruhe 30. 10. 03, BadRpr. **03** 339.

Der Schuldner hat ein Grundstück, zu dessen Ankauf er berechtigt war, nicht für sich gekauft, sondern seine Frau den Kauf abschließen lassen. Hierdurch ist das Vermögen des Schuldners nicht vermindert worden. Kaufgegenstand und Preis kommen im Werte regelmäßig einander gleich. Der Schuldner hätte als Erwerber auch die Gegenleistung bewirken müssen. Die Zwangsvollstreckung in das Grundstück der Frau ist daher nicht zuzulassen. **RG.** II 24. 1. 02, JW. **02** 175 Nr. 45, BadRpr. **02** 202.

Die Veräußerung der Herausgabe einer Zeitschrift nebst Titel dergestalt, daß der Veräußerer die Herausgabe einstellt, und dem Erwerber die Herausgabe unter dem früheren Titel gestattet, ist nicht anfechtbar, weil kein dem Zugriffe der Gläubiger unterliegendes Objekt veräußert ist. Ähnlich verhält es sich mit der Firma, der Kundschaft eines Geschäfts oder mit unpfändbaren Objekten. KGBl. **99** 50; auch SeuffA. **56** 46 Nr. 27.

Wenn der Gegenstand, dessen Veräußerung angefochten wird, nicht existiert, z. B. die abgetretene Hypothek nicht bestand, so ist der Anfechtungsanspruch mangels Vorliegens einer Gläubigerbenachteiligung unbegründet. **RG. 51** 43. Übereinstimmend Hartmann-Meikel 62.

II. Ziff. 1. a) Eine Rechtshandlung, die den Tatbestand des § 288 StGB. erfüllt, ist nicht als nichtig zu betrachten. Denn nicht das Geschäft, sondern die Umstände, unter denen es geschlossen worden ist, sind durch die Strafdrohung getroffen. **RG.** V 12. 7. 99, **44** 291.

b) Cohn, JW. **00** 695 ff., erläutert die Bedeutung des Art. 32 des EGBGB. für das Verhältnis des AnfRechts zu den bezeichneten Paragraphen, weist nach, daß § 3 Nr. 1 des AnfG. ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 BGB. sei, daß aber gleichwohl aus dem Tatbestande des § 3 Nr. 1 sich nicht der weitergehende Schadensersatzanspruch des BGB. ergibt, weil ein reichsrechtliches Schutzgesetz vorliegt und hier die Bedeutung des Art. 32 mit seiner konservierenden Kraft für das ältere Recht zutage tritt. Der Begriff des Schutzgesetzes muß aus sich selbst ermittelt werden: Es ist ein solches nicht nur weil, sondern auch soweit es schützt. Das „soweit" ist dem älteren Reichsgesetze, dem Anfechtungsgesetze zu entnehmen. — Der Tatbestand des § 3 Nr. 1 des AnfG. deckt sich nicht ganz mit dem Tatbestande des § 826 BGB. Dort geht die Absicht auf Benachteiligung der Gläubiger, hier auf Schadenszufügung. Das ist etwas Verschiedenes. Die Schadenszufügung bewirkt einen Eingriff in die Rechtssphäre eines anderen, verletzt sein subjektives Recht, der Gläubiger aber hat kein allgemeines und subjektives Recht auf das Vermögen seines Schuldners, er hat nur ein Recht auf Erfüllung der Verpflichtung und die Nichterfüllung schädigt ihn, er kommt in eine wirtschaftlich ungünstige Lage, aber sein Schaden besteht nicht in dem Abschluß eines Geschäfts seines Schuldners, das die Nichterfüllung der Obligation zur Folge hat. Das Geschäft ist nicht ein Eingriff in seine subjektive Rechtssphäre. Der Verfasser zieht sonach die Folgerung, daß der § 3 Nr. 1 des AnfG. von den §§ 823 Abs. 2 und 826 nicht berührt wird, daß sonach der anfechtende Gläubiger die Tatbestände dieser Bestimmungen besonders zu beweisen hat.

c) Als Benachteiligung im Sinne der Ziff. 1 genügt die Verursachung einer mittelbaren Gläubigerbenachteiligung, die durch jede Veränderung des Vermögensstandes gegeben ist, welche eine Erschwerung der Exekutionsbefugnis des Gläubigers enthält. Weil nur eine mittelbare Benachteiligung verlangt wird, ist unerheblich, ob zur Zeit des Vertragsschlusses noch andere Vermögensstücke vorhanden waren, auf welche der Zugriff hätte genommen werden können. Bei

§ 3 Ziff. 2 wird eine unmittelbare Benachteiligung vorausgesetzt. RG. 6. 7. 00, JW. **00** 651 Nr. 10.

d) Zur Anfechtung eines Erfüllungsgeschäfts auf Grund des § 3 Nr. 1 genügt nicht die Tatsache, daß den Beteiligten die mit ihrem Rechtsgeschäfte verbundene Benachteiligung anderer Gläubiger bewußt war. Die Befriedigung eines Gläubigers erscheint vielmehr als ein die Anfechtung begründendes Unrecht gegen die anderen erst dann, wenn besondere Umstände ergeben, daß sie lediglich zu dem Zwecke geschieht, den anderen Gläubigern die Befriedigungsmittel zu entziehen. RG. VII. 8. 1. 01, JW. **01** 82.

Deckungsgeschäfte genießen keine Ausnahmestellung. Insbesondere kehrt sich die Beweislast nicht um. Dem Anfechtungsgegner kommt nur der allgemeine Erfahrungssatz zustatten, daß bei Deckungsgeschäften häufig die Benachteiligungsabsicht fehlt. RG. VII 23. 9. 02, JW. **02** 546, Gruchots Beitr. **47** 423 ff., R. **03** 240 Nr. 1340.

Die Benachteiligungsabsicht des Schuldners und deren Kenntnis seitens des Beklagten müssen die Kläger nachweisen, wenn ein Deckungsgeschäft vorliegt. OLG. Karlsruhe 11. 4. 02, BadRpr. **02** 230.

Es ist weder Rechtsgrundsatz noch Beweisregel, daß durch den Nachweis des Vorhandenseins eines Erfüllungsgeschäfts die gesetzliche Vermutung des § 3 Ziff. 2 widerlegt und nunmehr dem Anfechtungskläger der Beweis der Benachteiligungsabsicht des Schuldners und ihrer Kenntnis auf seiten des Anfechtungsgegners aufgebürdet werde. Man kann nur von einem allgemeinen Erfahrungsgrundsatze dieses Inhalts sprechen. Wird vom Anfechtungsgegner dargetan, daß der Schuldner geleistet habe, um eine Verbindlichkeit zu erfüllen, und daß er in entsprechender Absicht die Leistung angenommen habe, so wird der Richter in der Mehrzahl der Fälle die Überzeugung gewinnen, daß eine Benachteiligungsabsicht nicht bestanden habe oder wenigstens dem Gegner unbekannt gewesen sei. Der Nachweis des Erfüllungsgeschäfts widerlegt aber nicht in allen Fällen die gesetzliche Vermutung. RG. VII 11. 3. 02, **51** 76.

Für die Frage der Anfechtbarkeit ist es unerheblich, ob das angefochtene Geschäft gerade dazu dienen sollte, dem Schuldner die Mittel zur Befriedigung des anfechtenden Gläubigers zu verschaffen. Dieser Umstand kann aber für die Beweisfrage, ob eine Benachteiligungsabsicht vorhanden war, von Bedeutung sein. OLG. Rostock 7. 7. 00, DJZ. **01** 52.

e) Vollstreckungspfändungen, die ohne jedes Zutun oder gegen den Willen des Schuldners erfolgen, sind nicht seine Rechtshandlungen, daher nicht anfechtbar. Liegt aber ein kollusives Einverständnis des Schuldners vor, hat er dem Anfechtungsgegner das Zuvorkommen vor anderen Gläubigern erleichtert oder für ihn Pfandgegenstände verheimlicht oder ihm vorzeitig oder besonders schnell einen Vollstreckungstitel gewährt, so kann die Vollstreckung als seine Handlung angesehen werden. RG. VII 1. 2. 01, **47** 223.

Wenn der Schuldner das Bewußtsein hatte, daß die von ihm vorgenommene Handlung eine Benachteiligung seiner Gläubiger bzw. einzelner unter ihnen zur Folge haben müsse oder voraussichtlich haben werde, so muß angenommen werden, daß er diesen Erfolg gewollt hat, also Benachteiligungsabsicht vorliegt. Das Bewußtsein des Schuldners muß den Eintritt des Konkurses oder der Zwangsvollstreckung zum Gehalte haben und zwar im Sinne einer bevorstehenden Tatsache, nicht bloß einer naheliegenden Möglichkeit. OLG. Jena 8. 11. 00, **3** 51.

f) Hat der Schuldner mit einem Minderjährigen ein Geschäft, dessen Anfechtbarkeit in Frage steht, abgeschlossen, so kommt es auf die Kenntnis des Vormundes — nicht des Minderjährigen (§ 166 BGB.) — von der fraudulosen

Absicht des Gegners an. OLG. Naumburg 20. 2. 00, ThürBl. **47** 257. — Vgl. JW. **96** 321 Nr. 11.

g) Wenn die Klage überhaupt genügend substantiiert ist, kann dem Anfechtungsgegner der Eid zunächst über die Benachteiligungsabsicht des Schuldners, und wenn er diesen verweigert, der Eid über seine Kenntnis davon zugeschoben werden. Der richterliche Eid für den Anfechtungsgegner kann dahin lauten, daß der Schwörende keine Kenntnis von der Benachteiligungsabsicht des Schuldners gehabt habe, selbst wenn das Gericht an dem Vorhandensein dieser Absicht zweifelt. Bernhardi a. a. O.

Ziff. 2. a) Eine von Anfang an nichtige Ehe hat überhaupt keine Wirkung, und man kann daher in einem solchen Falle nicht von einem „mit dem Ehegatten" geschlossenen Vertrage sprechen. Anders wenn die Vertragschließenden zur Zeit des Vertrags in anfechtbarer, aber noch nicht angefochtener Ehe lebten oder wenn sie nachher eine anfechtbare Ehe geschlossen haben. — Der Art. 33 EGBGB. kommt nur in Betracht, wenn an die „Schwägerschaft" rechtliche Folgen geknüpft sind. Das ist hier nicht der Fall, denn es wird nicht von Verschwägerten in gerader Linie und im zweiten Grade der Seitenlinie gesprochen, sondern von Ehegatten der Verwandten und Verwandten des Ehegatten. Daraus folgt, daß die Ehe des Schuldners oder des Verwandten im Augenblicke des Vertragsschlusses noch bestanden haben muß. Bernhardi a. a. O.

Für die Anwendung des § 3 Ziff. 2 macht es keinen Unterschied, ob zur Zeit des in das kritische Jahr fallenden Vertragsschlusses der Ehegatte, mit dessen Geschwistern der Schuldner den Vertrag geschlossen hat, noch lebte oder nicht. Diese Auslegung entspricht der Tendenz des Gesetzes. OLG. Jena 31. 1. 01, **3** 54.

b) Auch für die Anfechtungsklage aus § 3 Ziff. 2 ist der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung begründet. Im Vergleiche zu § 2 Ziff. 1 liegt derselbe Tatbestand vor, nur die Beweislast ist verschoben. **RG.** VII 12. 3. 01, **48** 401; JW. **01** 331.

c) Der Anspruch aus § 3 Ziff. 2 kann auch gegen die in Gütergemeinschaft lebende Ehefrau des Schuldners gerichtet werden, denn der Anspruch aus § 3 Ziff. 2 ist ein Anspruch aus einer unerlaubten Handlung, da er den gleichen Grund hat wie der Anspruch aus § 3 Ziff. 1. Stettin 8. 3. 01, OLG. **3** 52.

d) Die Vermutung der Benachteiligungsabsicht gegenüber einer offenen Handelsgesellschaft ist schon dann anzunehmen, wenn nur ein Teilhaber der Gesellschaft in dem fraglichen Verwandtschaftsverhältnisse mit dem anderen Vertragschließenden steht. **RG.** 21. 2. 99, **43** 105 ff.

e) Die Anfechtung eines Vertrags aus § 3 Ziff. 2 versagt, wenn der Schuldner für die Hingabe eines Vermögensgegenstandes ein völlig gleichwertiges Entgelt erhalten hat. Besteht das Entgelt in einer Forderung an den Vertragsgegner, so kommt es hauptsächlich darauf an, ob dieser durch seine Vermögenslage und persönliche Zuverlässigkeit Gewähr für die Erfüllung seiner Verbindlichkeit bietet. Ist die Verbindlichkeit erfüllt worden, so liegt ein benachteiligender Erfolg in der Regel nicht vor. **RG.** VII 9. 10. 03, Gruchots Beitr. **48** 112.

Die Anfechtung von Veräußerungen wegen Benachteiligung der Gläubiger ist ausgeschlossen, wenn die Veräußerung gegen angemessenes Entgelt erfolgte. Ob die Gegenleistung leichter oder schwerer als der veräußerte Gegenstand dem Zugriffe der Gläubiger offen stand, ist gleichgültig. SächsOLG. **21** 254.

Eine Benachteiligung des Gläubigers bei einer Veräußerung des Schuldners liegt auch dann vor, wenn der Schuldner in der versprochenen Gegenleistung zwar ein dem Werte der veräußerten Gegenstände entsprechendes Äquivalent er-

halten hat, dieses aber (z. B. Altenteil) nicht in demselben Umfang ein Exekutionsobjekt für den Gläubiger bildet, wie die veräußerten Gegenstände. Ebenso wird eine Benachteiligungsabsicht noch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Schuldner bei der Veräußerung noch so viel Vermögen zurückbehält, als zur Befriedigung des Gläubigers ausreicht, sofern der Rest des Vermögens nicht erheblich ist und zur Zeit der Zwangsvollstreckung nicht mehr vorhanden ist. OLG. Hamburg 29. 9. 00, HansGerZ. **01** Beibl. 55.

f) Die Abtretung von Wertgegenständen an eine Ehefrau an Zahlungs Statt ist ein entgeltlicher Vertrag im Sinne des § 3 Ziff. 2 AnfG. OLG. Karlsruhe 30. 10. 03, BadRpr. **03** 339; RG. **9** 103; RG. JW. **02** 274 Nr. 34, 546 Nr. 17.

Ist die durch die angefochtene Handlung erfüllte Verpflichtung bereits lange Jahre vor der Anfechtung entstanden, so findet § 3 Nr. 2 keine Anwendung, auch wenn das Erfüllungsgeschäft in das letzte Jahr vor der Anfechtung fällt. RG. VII 8. 1. 01, JW. **01** 82.

Fällt nur die Auflassung, nicht der bezügliche Kaufvertrag in die kritische Zeit, so ist Ziff. 2 nicht anzuwenden. In der Vollziehung der Auflassung liegt nur die reine Erfüllung der vorher eingegangenen Verbindlichkeit. RG. 8. 12. 99, JW. **00** 47 Nr. 3.

Bei Anfechtung einer Hypothekbestellung ist der Tag der Eintragung, nicht der der obligatorischen Hypothekenzusage für die Anfechtungsfrist maßgebend. Bei der Frage der Fraudulosität ist nicht nur auf die Umstände des Erfüllungsgeschäfts, sondern auch auf die des vorausgegangenen, außerhalb der Anfechtungsfrist liegenden Kausalgeschäfts Rücksicht zu nehmen. RG. **45** 24, JW. **02** 546 u. 590, SeuffA. **49** 29, R. **03** 22. OLG. Karlsruhe 9. 7. 03, BadRpr. **03** 322.

Ziff. 3. Die Ausschlagung einer Erbschaft kann nicht angefochten werden. RG. VII 17. 4. 03, **54** 289, SeuffA. **58** 445 Nr. 234, JW. **03** Beil. 84; vgl. OLG. **4** 175, **6** 67, R. **02** 103. Hartmann-Meikel 69.

Der Verzicht auf den Pflichtteil ist nur anfechtbar, wenn der Pflichtteilsanspruch durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig, also nach § 852 Abs. 1 ZPO. der Pfändung unterworfen war. Hartmann-Meikel 70.

Bei negotia mixta cum donatione ist, wenn es sich um eine unteilbare Rechtshandlung handelt, zu unterscheiden: Ist nach den Umständen anzunehmen, daß es den Parteien hauptsächlich auf die unentgeltliche Zuwendung ankam, so ist das ganze Geschäft anfechtbar; wenn aber die Freigebigkeit des Schuldners nur nebensächlich war, so entfällt die Anfechtbarkeit aus Ziff. 3 überhaupt. Bernhardi a. a. O.

Die unentgeltliche Leistung von Diensten ist eine unanfechtbare Ablehnung eines Erwerbes. Jäger § 29 Anm. 29. Dagegen unterscheidet Hartmann-Meikel 68 zwei Fälle: Sind die Dienste von Anfang an unentgeltlich zur Verfügung gestellt, so liegt keine Vermögensentäußerung vor, sondern Nichterwerb; sind aber die Dienste ohne weitere Erklärung zur Verfügung gestellt, so gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart; ein nachträglicher Verzicht ist anfechtbar.

Die Aufgabe eines festen Rechtes auf den Erwerb eines Gegenstandes stellt eine Verminderung des Vermögens dar, nicht die Ablehnung eines Erwerbes. RG. JW. **00** 538 Nr. 42.

Bei Anwendung dieser Vorschrift bildet die Benachteiligungsabsicht des Schuldners nicht die Voraussetzung der Anfechtung. Der Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung ist maßgebend. RG. 28. 9. 00, JW. **00** 754 Nr. 21.

Ziff. 4. Bei einer Anfechtung aus § 3 Ziff. 4 ist Voraussetzung, daß die Ehe zur Zeit der Vornahme der angefochtenen Verfügung bereits bestand. OLG. Dresden 23. 12. 98, DJZ. **00** 210.

Gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke sind hier nicht ausgenommen. Die Ehe muß schon zur Zeit der unentgeltlichen Verfügung bestanden haben. Bernhardi a. a. O.

**§ 4.** Der Schriftsatz ist formgerecht zuzustellen, bloße Behändigung genügt nicht. Rügeverzicht gemäß § 295 ZPO. ist deshalb nicht anzunehmen, weil vorbereitende Schriftsätze nach § 272 ZPO. nur mitzuteilen, nicht zuzustellen sind. OLG. Rostock 17. 5. 03, SeuffA. **58** 316 Nr. 169.

Ist eine Ehefrau Anfechtungsgegnerin, so ist nur ihr, nicht auch ihrem Manne der Schriftsatz zuzustellen. Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit im § 4 entspricht der im § 2 näher beschriebenen Unfähigkeit. **RG.** II 8. 12. 99, **45** 56.

Die Zahlungsunfähigkeit ist die Unfähigkeit zur Befriedigung seiner Gläubiger und nicht identisch mit der Zahlungsunfähigkeit i. S. d. Konkursordnung. **RG.** 8. 12. 99, ElsLothJZ. **25** 278; SeuffA. **25** 287; **RG.** im Beilagenheft z. Reichsanzeiger **96** 173.

**§ 7.** 1. Die Rückgewähr des Empfangenen erschöpft sich sehr oft in dem Ausspruche des Richters, daß der Anfechtungsgegner die Zwangsvollstreckung des Klägers wegen seiner Forderung in das anfechtbar erworbene Vermögensstück zu dulden habe. Die Zwangsvollstreckung hat der Kläger in dem regelmäßigen Verfahren durchzuführen. Nur ausnahmsweise kann der Anfechtungskläger die Zahlung von Geld verlangen. Das Begehren auf Herausgabe eines Grundschuldbriefs und Rückumschreibung einer Grundschuld geht über den Anfechtungsanspruch hinaus. **RG.** VII 28. 2. 02, JW. **02** 221 Nr. 30.

Die Zurückgewährung ist nicht so zu verstehen, daß der Gläubiger beanspruchen kann, daß das durch die anfechtbare Handlung Weggegebene in das Vermögen des Schuldners zurückgelangt, es soll vielmehr nur im Interesse der Befriedigung des Anfechtungsberechtigten so behandelt werden, als bilde es noch einen Bestandteil seines Vermögens. Besteht das Veräußern oder Weggeben in der Belastung eines sonst für den Zugriff des Gläubigers freistehenden Objekts, so erfolgt die Rückgewähr zur Befriedigung des Anfechtungsklägers in der Gestalt, daß der Beklagte von seinem begründeten Pfandrechte (Hypothek) dem Kläger gegenüber keinen Gebrauch macht und auf diese Weise das Hindernis, welches durch seine anfechtbare Handlung einer wirksamen Zwangsvollstreckung bereitet war, beseitigt; im Verhältnis unter den Parteien wird der Zustand hergestellt, wie wenn die bestehende Hypothek nicht bestände. Ist das Objekt bereits versteigert und handelt es sich nur noch um die Befriedigung aus dem Erlöse, so muß hier der Anfechtungsbeklagte dem Kläger gegenüber in gleicher Weise zurücktreten und dem Kläger die Befriedigung aus dem Erlös an seiner Stelle gewähren. **RG.** 29. 1. 01, JW. **01** 162 Nr. 13.

Die Verpflichtung des Anfechtungsbeklagten zur Rückgewähr verwandelt sich, wenn das Empfangene nicht mehr zurückgewährt werden kann, in eine Geldschuld. Der Beklagte hatte das zurückzugewährende Grundstück mit einer Hypothek belastet. Er wurde deshalb verurteilt, den dadurch begründeten Minderwert des Grundstücks durch Geldleistung auszugleichen. Unbeachtlich war der Einwand, daß die Belastung vor Erhebung der Anfechtungsklage erfolgt war. JW. **99** 770 Nr. 11. OLG. Marienwerder 1. 6. 00, PosMschr. **00** 134. SeuffA. **56** 174.

Das Gesetz beschränkt die Wirkung der Anfechtung auf einen Anspruch des Anfechtenden gegen den Anfechtungsgegner, gibt ihm also nur ein obligatorisches Recht auf Wiederherstellung des früheren Zustandes in solcher Weise, daß er sich aus dem Veräußerten, Weggegebenen oder Aufgegebenen wegen seiner Forderung befriedigen kann. Das, was der Anfechtungsgegner zum Zwecke der Befriedigung des Anfechtenden tun oder dulden muß, gestaltet sich je nach der Beschaffenheit der angefochtenen Rechtshandlung ganz verschieden und ist in vielen

Fällen mit dem Worte „zurückgewähren" kaum vereinbar. Ist der Beklagte verurteilt, zwecks Befriedigung des Klägers wegen seiner Forderung gegen den Schuldner die Zwangsvollstreckung in ein ihm von dem Schuldner aufgelassenes Grundstück zu dulden, so ist der Anfechtungsgegner Schuldner im Sinne des § 17 des ZVG. Bernhardi a. a. O.

2. Liegen die Voraussetzungen zur Anfechtung vor, so kann eine Auflassung, die zur Eintragung des Anfechtungsbeklagten geführt hat, als den Gläubigern gegenüber unwirksam angefochten werden. Dabei kann es das Gericht dahingestellt sein lassen, ob die Auflassung ein reines Scheingeschäft ist. RG. VII 14. 1. 02, **50** 121.

Hat der Schuldner einen Anspruch auf Auflassung durch Kauf, Tausch usw. erworben, aber die Auflassung für sich nicht bewirkt, sondern das Grundstück einem Dritten übertragen lassen, so ist, wenn diese Überweisung des Grundstücks zum Nachteile der Gläubiger unter den Voraussetzungen des Anfechtungsgesetzes erfolgte, der Antrag des Anfechtungsklägers, sich die Zwangsvollstreckung in das Grundstück wegen der vollstreckbaren Forderung des Klägers gefallen zu lassen, berechtigt. RG. 3. 2. 99, SeuffA. **55** 28.

Ist der Anspruch auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück in anfechtbarer Weise aufgegeben worden, so besteht die Rückgewähr in der Einräumung einer Sicherungshypothek (§ 848 ZPO.). Zur Sicherung dieses Anfechtungsanspruchs kann eine Vormerkung eingetragen werden. OLG. Dresden 5. 4. 02, SächsA. **13** 589.

Mit der auf Grund eines anfechtbaren Geschäfts bewirkten Auflassung an den Dritten ist der Anspruch des geschädigten Zwangsvollstreckungsgläubigers gegen den Dritten entstanden. Hat der Dritte die Befriedigung aus dem Grundstücke dadurch vereitelt, daß er nach der Auflassung das Grundstück mit einer Hypothek belastet, so haftet er auf Wertersatz und kann sich gegen seine Verurteilung nicht dadurch schützen, daß er das belastete Grundstück dem Schuldner, also dem früheren Eigentümer, zurückgewährt. OLG. Marienwerder 1. 6. 00, SeuffA. **56** 174 Nr. 101, PosMSchr. **00** 134.

3. Die Rückgewährung kann auch darin bestehen, daß dem Anfechtungsgläubiger der Vorrang für seine Zwangshypothek eingeräumt wird. Zur Verlautbarung des Vorranges ist die Zustimmung des Schuldners und Eigentümers nicht erforderlich. SächsOLG. VI 3. 2. 03, **25** 148.

Die Anfechtung einer betrüglichen Hypothekenbestellung ist nicht um deswillen belanglos, weil hinter der angefochtenen Hypothek noch eine im Zwangsversteigerungsverfahren ausgefallene Hypothek folgte. Im Falle eines Erfolges der Anfechtung rückt die ausgefallene Hypothek nicht auf. Die angefochtene Hypothek wird im Verhältnisse zum Anfechtungskläger als nicht bestehend behandelt. Die Stellung der übrigen Berechtigten wird nicht verändert. RG. VII 29. 1. 01, **47** 216.

Hat die Anfechtungsgegnerin eine der ihr bestellten Hypotheken an einen Dritten abgetreten, so ist eine unmittelbare Wiederherstellung (Bereithaltung der dem Vermögen des Schuldners entzogenen Sache zum Zwecke der Zwangsvollstreckung) damit ausgeschlossen; der Anfechtungsgegnerin erwuchs aber infolge davon die Verbindlichkeit, den Gläubigern Ersatz zu leisten, und zwar der Natur der Rückgewährpflicht entsprechend in der Gestalt, daß sie nunmehr den durch die Belastung der Grundstücke mit den Hypotheken den Gläubigern entzogenen Wert diesen zum Zwecke ihrer Befriedigung bereit zu stellen hatte. Dieser Verbindlichkeit kann durch Zahlung zu Händen des Hauptschuldners genügt werden. RG. VII 10. 2. 03, JW. **03** 159.

4. Wird eine Forderungsabtretung mit Erfolg angefochten, so ist der Anfechtungskläger nicht etwa als Rechtsnachfolger des Anfechtungsbeklagten zu behandeln. Wenn das Gesetz sagt, daß der Empfänger das durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners Erlangte „zurückzugewähren" hat, so soll diese Rückgewähr nur dazu dienen, daß dem Anfechtungskläger die Möglichkeit gewährt werde, sich aus der Sache so, als ob sie noch zum Vermögen des Schuldners gehörte, Befriedigung zu verschaffen. OLG. Hamburg 16. 10. 00, HansGerZ. **01** Beibl. 126.

Hat der Anfechtungsgegner vor der Erhebung der Anfechtungsklage eine in anfechtbarer Weise erworbene Forderung an den Schuldner wieder abgetreten, damit sie dieser durch Übertragung auf einen Dritten dem Zugriffe der Gläubiger entziehen könne, so ist er von der Rückgewährpflicht dadurch nicht befreit worden. **RG.** II 20. 10. 99, **44** 92, SeuffA. **56** 3 Nr. 3, ElsLothrJZ. **25** 188.

Hatte der Schuldner einen Anspruch auf Abtretung einer Forderung und veranlaßt er die unmittelbare Abtretung dieser Forderung an einen Dritten, so ist dieser Dritte Anfechtungsgegner. Durch die Anfechtung wird nicht der Rückfall der Forderung an ihren früheren Gläubiger bewirkt. **RG.** 12. 6. 00, JW. **00** 624 Nr. 9.

5. Wird nach dem Tode des Versicherungsnehmers die Versicherung angefochten, so kann der Anfechtungskläger jedenfalls nicht die Versicherungssumme in Anspruch nehmen, sondern nur die auf Grund des Vertrags gezahlten Prämien. OLG. Hamburg 28. 6. 98, SeuffA. **55** 30.

6. Nicht gutgläubig ist derjenige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung, dem bei dem Empfange bekannt war, daß die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit (§ 2) vorlagen. Der nicht gutgläubige Anfechtungsgegner kann nicht besser gestellt sein, als der nicht gutgläubige Empfänger einer ungerechtfertigten Bereicherung oder als der Vertragschließende bei dem vorbehaltenen Rücktritte. Von seiner Kenntnis an haftet er ebenso wie jener, gerade so, als ob der Anspruch rechtshängig sei. Bernhardi a. a. O.

**§ 9.** Die Anfechtung kann nicht durch Erhebung einer Feststellungsklage erfolgen, weil eben im Klagantrage der Umfang und die Art und Weise der Rückgewähr angegeben sein müssen. **RG.** VII 14. 10. 02, JW. **02** 610 Nr. 20.

Der Klagantrag muß ziffermäßig angeben, in welchem Umfange die Rückgewähr verlangt wird. Es genügt nicht, wenn gesagt wird „bis zur Befriedigung des Klägers". **RG.** 10. 2. 03, R. **03** 186 Nr. 1069.

**§ 10.** § 10 bezieht sich auch auf die in den §§ 529 und 302 ZPO. angeführten Urteile. Wenn der Schuldtitel aufgehoben wird, nachdem der Anfechtungsgegner rechtskräftig zur Rückgewähr verurteilt ist, fehlt es dem letzteren an einem Titel, seine Prozeßkosten von dem Kläger ersetzt zu verlangen. Bernhardi a. a. O.

**§ 11.** Die Jahresfrist des § 3 Ziff. 2 ist nicht auf § 11 Abs. 2 Ziff. 2 zu übertragen. **RG.** II 24. 11. 99, **45** 45.

**§ 13.** Der einzelne Konkursgläubiger macht das ihm zustehende Anfechtungsrecht, der Verwalter das allen Gläubigern zustehende Anfechtungsrecht geltend. Durch § 13 wird nicht nur eine Änderung der Parteirolle, sondern auch des Prozeßinhalts gestattet. Hellwig, Rechtskraft 373. Das Ergebnis der bisherigen Prozeßführung bleibt in dem fortgesetzten Verfahren wirksam. — Das Gesetz meint nicht nur die Aufnahme eines schwebenden Prozesses durch den Verwalter, sondern überhaupt, daß der Verwalter sich das Ergebnis des Prozesses aneignen kann, also auch die rechtskräftige Feststellung der Unwirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung (374). — Zu den Einreden des Abs. 4

gehört auch die Einwendung, daß der Verwalter mit der Klage rechtskräftig abgewiesen ist (375). Im übrigen findet eine Rechtskrafterstreckung nicht statt (375/6).

Ist im Auslande Konkurs eröffnet, so können im Inlande Rechtshandlungen nur nach dem für die Anfechtung außerhalb des Konkurses geltenden Rechte angefochten werden. Maßgebend ist das Recht am Wohnsitze des Schuldners. Kleinfeller, BöhmsZ. **13** 564 ff. (gegen RG. **16** 62).

Bei „entsprechender Anwendung des § 239 ZPO." soll der Rechtsnachfolger zur Aufnahme des Rechtsstreits und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache geladen werden. Danach kann nur der Anfechtungsbeklagte, nicht aber der Anfechtende laden, denn dieser kann gegen den Verwalter nicht zur Hauptsache verhandeln. Bernhardi a. a. O.

Die Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses erledigt die Unterbrechung nicht ex tunc, sondern beendet sie. Voigt, Einfluß des Konkurses 212.

Hat der Konkursverwalter eine anfechtbare Veräußerung des Gemeinschuldners genehmigt, so tut dies den Rechten des Absonderungsberechtigten keinen Eintrag. Hat ein solcher die in anfechtbarer Weise veräußerten Gegenstände gepfändet, so dringt seine Anfechtungseinrede gegenüber der Widerspruchsklage des Erwerbers trotz § 29 KO. durch. OLG. Dresden 31. 5. 02. SächsA. **13** 260.

---

